

COLECCIÓN GRUPOS DE TRABAJO

DERECHO, CONFLICTO SOCIAL Y EMANCIPACIÓN ENTRE LA DEPRESIÓN Y LA ESPERANZA

*Mauro Benente y
Marco Navas Alvear [Compiladores]*



**DERECHO, CONFLICTO SOCIAL Y
EMANCIPACIÓN**

ENTRE LA DEPRESIÓN Y LA ESPERANZA

Derecho, conflicto social y emancipación : entre la depresión y la esperanza / Adoración Guamán ... [et al.] ; compilado por Mauro Benente ; Marco Navas Alvear. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO ; Pasto : Universidad de Nariño, 2019.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-722-422-1

1. Conflictos Sociales. 2. Emancipación. 3. Derechos Humanos I. Guamán, Adoración II. Benente, Mauro, comp. III. Navas Alvear, Marco, comp.
CDD 303

Otros descriptores asignados por CLACSO:

Teoría del Derecho / Estado / Derechos Humanos / Conflicto social / Medioambiente / Legislaciones / Políticas Públicas / Pluralismo / Pensamiento Crítico / América Latina

COLECCIÓN GRUPOS DE TRABAJO

DERECHO, CONFLICTO SOCIAL Y EMANCIPACIÓN

ENTRE LA DEPRESIÓN Y LA ESPERANZA

Mauro Benente
Marco Navas Alvear
(Compiladores)

Grupo de Trabajo Pensamiento jurídico crítico





CLACSO

Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales

Conselho Latino-americano
de Ciências Sociais

Colección Grupos de Trabajo

Director de la colección - Pablo Vommaro

CLACSO - Secretaría Ejecutiva

Karina Batthyány - Secretaria Ejecutiva

Nicolás Arata - Director de Formación y Producción Editorial

Pablo Vommaro - Director de Investigación

Lucas Sablich - Coordinador Editorial

Equipo

Rodolfo Gómez, Giovanni Daza, Teresa Arteaga, Cecilia Gofman y Natalia Gianatelli



LIBRERÍA LATINOAMERICANA Y CARIBEÑA DE CIENCIAS SOCIALES

CONOCIMIENTO ABIERTO, CONOCIMIENTO LIBRE

Los libros de CLACSO pueden descargarse libremente en formato digital o adquirirse en versión impresa desde cualquier lugar del mundo ingresando a www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana

Derecho, conflicto social y emancipación: entre la depresión y la esperanza

ISBN 978-987-722-422-1

© Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales | Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723.

Universidad Nacional de Nariño, Colombia

Instituto latinoamericano para una sociedad y un derecho alternativos, Colombia

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de la Secretaría Ejecutiva de CLACSO.

Los trabajos que integran este libro fueron sometidos a un proceso de evaluación por pares.

CLACSO

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - Conselho Latino-americano de Ciências Sociais

Estados Unidos 1168 | C1023AAB Ciudad de Buenos Aires | Argentina

Tel [54 11] 4304 9145 | Fax [54 11] 4305 0875 | <clacso@clacsoinst.edu.ar> | <www.clacso.org>

Patrocinado por la Agencia Sueca de Desarrollo Internacional  **Asdi**

ÍNDICE

Mauro Benente y Marco Navas Alvear Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza		9
---	--	---

PRIMERA PARTE
DERECHO Y CONFLICTO SOCIAL:
ESCENARIOS INTERNOS Y TRANSNACIONALES

Adoración Guamán Empresas transnacionales y derechos humanos: opciones jurídicas frente a la captura corporativa del Estado		19
--	--	----

Aleida Hernández Cervantes Estructuras jurídicas del despojo: un caso de reforma estructural en México		41
---	--	----

Yacotzin Bravo Espinosa El derecho como campo en disputa dentro de la geografía capitalista del despojo y la explotación		57
---	--	----

Alejandro Medici Trabajo vivo, sociometabolismos y pluralismo jurídico: Notas sobre un marco comprensivo del pluralismo jurídico en conflictos socioambientales		77
---	--	----

Sonia Boueiri Bassil La guerra económica en Venezuela		89
---	--	----

SEGUNDA PARTE
DERECHO Y PLURALISMOS CRÍTICOS

Alejandro Rosillo Martínez Teoría crítica de derechos humanos desde América Latina		115
--	--	-----

Luis Villavicencio Miranda Jurisdicciones interculturales y mujeres mapuches en Chile		137
---	--	-----

Antonio Carlos Wolkmer, Lucas Machado Fagundes Interculturalidade e plurijuridicidade: elementos para a criticidade jurídica desde a América Latina	157
Carlos Rivera-Lugo Por una teoría materialista del proceso social constitutivo: Más allá de lo constituyente y lo constitucional	175

TERCERA PARTE
TEORÍAS Y ENFOQUES CRÍTICOS SOBRE EL DERECHO

Mylai Burgos Matamoros De simplismos reduccionistas y relevancias: análisis conceptual de los marxismos jurídicos ortodoxos para las teorías jurídicas críticas en la actualidad	195
Beatriz Rajland Fetichismo, Estado y Derecho	215
Napoleón Rosario Conde Gaxiola Algunas aproximaciones a la relación entre marxismo y derecho	229
Diana Isabel Molina Rodríguez El pensamiento jurídico crítico y su relación con la poética utopista: del utopismo idealista al utopismo latinoamericano y sus apuestas por el derecho y la justicia	249
Carlos Arturo Gallego Marín Entre derecho y política. El lugar de la mentira en la razón jurídica: una aproximación crítica a la democracia liberal y su influencia en el derecho	271
Luiz Ismael Pereira Elementos para una teoría materialista do Estado Latino-Americano	291
Camilo Onoda Caldas Estado, democracia e direitos fundamentais no pensamento filosófico de Umberto Cerroni	313
Mauro Benente Teoría crítica y derechos humanos	329

DERECHO, CONFLICTO SOCIAL Y EMANCIPACIÓN. ENTRE LA DEPRESIÓN Y LA ESPERANZA

Mauro Benente y Marco Navas Alvear

Tras el golpe a la ilusión que el 11 de septiembre de 1973 representó el derrocamiento de Salvador Allende, uno de sus asesores jurídicos más importantes, Germán Eduardo Novoa Montreal partió hacia el exilio, para regresar a Chile recién en 1987, donde tuvo severas dificultades para volver a ocupar puestos como profesor en la Universidad. En octubre de 1974, en México, Novoa Montreal mecanografió el punto final del Preámbulo al libro que sería publicado al año siguiente: *El derecho como obstáculo al cambio social*. Con una carga muy emotiva, pero no por ello menos conceptual, a la luz de la experiencia chilena, postulaba que “la nota más deprimente reside en que los preceptos, los esquemas y principios jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no sólo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo para éste” (Novoa Montreal, 2007: 13).

Dentro de este contexto deprimente, que anunciaba los inicios de la oleada neoliberal que asolaría a Nuestra América, el jurista chileno no se resignaba y marcaba una luz de esperanza afirmando: “si históricamente el derecho no hace sino reflejar los intereses de la clase que domina socialmente, cuando menos sería preciso escrudinar dentro de él, buscar allí reglas que pudieran servir a la justicia y dar a éstas todo el relieve que se merecen, tanto para la formación de los juristas como para su aplicación prevaleciente en la vida social” (Novoa Montreal, 2007: 16).

Esta mezcla, esta ambivalencia entre depresión y esperanza que estaba presente en el texto y en el contexto de Nova Monreal, atraviesa buena parte de los dos años de labor que lleva el Grupo de Trabajo “Pensamiento Jurídico Crítico” que constituimos a inicios de 2017 en el marco del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, y en particular aquellas discusiones que estructuraron el *Seminário Internacional Pensamento Jurídico Crítico*, desarrollado el 14 y 15 de noviembre de 2017 en la Faculdade de Direito da Universidad de São Paulo y en la Faculdade 28 de agosto de São Paulo. Gracias a esta actividad de intercambio y discusión entre académicos y académicas, podemos ofrecer hoy los trabajos que se compilan en este libro, que fueron presentados y problematizados en este encuentro.

La depresión forma parte del contexto presente, porque luego de cierto apogeo de gobiernos nuestroamericanos impregnados con gramáticas posneoliberales y hasta de izquierdas, nuestro trabajo intelectual se ha desplegado en un escenario que, en términos generales, combina una parte de restauración conservadora y otra de rearticulación de políticas neoliberales. No obstante, la ambivalencia entre depresión y esperanza integra los textos que discutimos, puesto que, en términos generales, consideramos que el derecho refleja los intereses dominantes –que no son solamente de clase–, pero no perdemos la esperanza de encontrar algunas grietas, pequeñas fracturas en el sistema jurídico, que nos permitan trazar ciertos puentes con los sectores populares, postergados y olvidados. Allí radica nuestra esperanza y nuestra apuesta por la emancipación.

Este libro se encuentra dividido en tres partes. La primera, *Derecho y conflicto social: escenarios internos y transnacionales*, presenta la configuración del capitalismo actual, tanto en el plano internacional cuanto al interior de los Estados-nación, revisa los conflictos políticos y sociales que se suscitan como consecuencia y como respuesta a un capitalismo fuerte y reticular, caracterizado por las empresas transnacionales y la acumulación por despojo, y se interroga por el papel que cumple o puede cumplir el derecho en estos procesos que tienen un costado –predominante– de opresión, pero también otro de luchas y resistencias.

La segunda parte del libro, dedicada al *Derecho y pluralismos críticos*, combina una doble preocupación: por una parte, se propone repensar los sistemas jurídicos desde una perspectiva situada, nuestraamericana, que desafíe los parámetros del sistema jurídico moderno en el cual el Estado es la única institución que crea y aplica normas, pero, por otro lado, sin que esta reconfiguración pierda el horizonte emancipatorio propio de las teorías críticas. Y hablamos en este contexto

de pluralismos, que son tan diversos y variados como los actores y las actoras que los producen, acumulando demandas y desafiando la hegemonía del monismo jurídico.

La última parte aborda, desde varias perspectivas, las *Teorías y enfoques críticos sobre el derecho*, y despliega una revisión crítica del derecho moderno, pero también una observación crítica sobre las teorías críticas o los enfoques marxistas del derecho, aportando valiosos elementos conceptuales con los cuales leer nuestra compleja realidad. De alguna manera, la última parte de la publicación muestra ese sentir ambivalente de Novoa Monreal, porque se acerca al marxismo para mostrar el compromiso del derecho con los intereses dominantes, pero marca notables distancias para pensar la utopía del derecho: la de un sistema jurídico comprometido con los intereses populares.

La primera parte del libro, sobre *Derecho y conflicto social: escenarios internos y transnacionales*, se inicia con un trabajo de Adoración Guamán, titulado “Empresas transnacionales y derechos humanos: opciones jurídicas frente a la captura corporativa del Estado”, en el cual pone el acento en la vinculación entre empresas transnacionales y derechos humanos. En el capitalismo actual, en el cual las empresas transnacionales tienen una notable influencia sobre los Estados nacionales, e incluso más poder real que éstos, el desafío político y conceptual –que la autora analiza fundamentalmente a la luz de la Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas– se sitúa en delimitar la responsabilidad de estas empresas frente a grandes violaciones de derechos humanos.

En “Estructuras jurídicas del despojo: un caso de reforma estructural en México”, Aleida Hernández Cervantes muestra la transición de un derecho conceptualizado y producido dentro de las estructuras del Estado-nación moderno, hacia una legalidad transnacional. En particular, propone leer esta transición como consecuencia de los contornos del capitalismo actual y de la acumulación por despojo, dando forma al concepto de “estructuras jurídicas del despojo”.

En su artículo, “El derecho como campo en disputa dentro de la geografía capitalista del despojo y la explotación”, Yacotzin Bravo estudia los desafíos que se plantean para el derecho en un escenario en el cual las lógicas del capitalismo transnacional y las políticas neoliberales ponen en crisis el paradigma de la soberanía estatal. En particular, se pregunta cómo comprender procesos jurídicos que reconocen derechos humanos que potencian luchas y resistencias, y al mismo tiempo permiten la privatización de los bienes comunes. La clave para salir de este dilema, para Bravo, es concebir al derecho como un espacio de disputa.

Alejandro Médici, en “Trabajo vivo, sociometabolismos y pluralismo jurídico”, utilizando las dimensiones conceptuales que enuncia Karl Marx en los *Grundrisse*, propone estudiar el impacto del capitalismo sobre los “procesos sociometabólicos”. Asimismo, nos invita a comprender los conflictos socioambientales, y la disputa por los bienes comunes, como escenarios de un pluralismo jurídico contencioso.

En su trabajo “La guerra económica en Venezuela”, Sonia Boueiri Bassil realiza una presentación de los ejes centrales de la *Revolución Bolivariana*, enfatizando sus aspectos anticapitalistas y de participación popular. La autora remarca y detalla varios de los resultados satisfactorios que ha arrojado la *Revolución*, y da cuenta de una *guerra económica* que, con diferentes estrategias, la pone en jaque. Finalmente, para hacer frente a esta *guerra*, menciona los primeros pasos de la Asamblea Nacional Constituyente, que inició sus sesiones el 4 de agosto de 2017.

Para dar inicio a la segunda parte, relativa al *Derecho y pluralismos críticos*, Alejandro Rosillo, en “Teoría crítica y derechos humanos desde América Latina”, propone desplegar una teoría crítica, revolucionaria, de los derechos humanos. Para ello, nos invita a un desarrollo conceptual geopolíticamente situado, y construido desde la realidad de las víctimas. Bajo este paradigma, tomando cierta distancia con los enfoques liberales y eurocéntricos, argumenta que una teoría crítica de los derechos humanos debe recuperar la complejidad, resignificar al sujeto, y avanzar hacia una pluralidad cultural.

En “Jurisdicciones interculturales y mujeres mapuche en Chile”, Luis Villavicencio Miranda analiza la situación de las mujeres indígenas en tanto grupo doblemente oprimido: por referencia a la cultura dominante, pero también por quedar expuesto a situaciones de violencia acaecidas al interior de sus comunidades de pertenencia. Para resolver los distintos desafíos que se suscitan en este tipo de casos, el autor propone combinar tres propuestas teóricas: el modelo de las jurisdicciones multiculturales, una concepción culturalmente sensible de la democracia deliberativa, y una perspectiva interseccional.

Antonio Carlos Wolkmer y Lucas Machado, en “Interculturalidade e plurijuridicidade: elementos para a criticidade jurídica desde a América Latina”, estudian las relaciones entre la interculturalidad y el pluralismo jurídico en América Latina. La apuesta teórica de los autores es vincular ambas temáticas, y presentar el enfoque de una interculturalidad crítica como una forma de inscribir el pluralismo jurídico en el horizonte de la liberación.

“Por una teoría materialista del proceso social constitutivo. Más allá de lo constituyente y lo constitucional” es el aporte de Carlos Rivera Lugo, quien pone de relieve la necesidad de teorizar sobre

otras formas de construir lo jurídico desde los procesos sociales. En tal sentido, el texto se preocupa por problematizar los contornos de una concepción del derecho desde las comunidades. Asimismo, vincula los procesos constituyentes de las últimas décadas en la región, que pueden clasificarse dentro del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, con estas fuerzas sociales. Resulta interesante el énfasis que propone en la construcción de un *constitucionalismo comunal*, donde podría verse una progresiva autonomización de los procesos sociales constitutivos respecto del Estado, propendiendo a la construcción de otros órdenes jurídicos transformadores.

La última parte del libro, *Teorías y enfoques críticos sobre el derecho*, se inicia con “De simplismos reduccionistas y relevancias: análisis conceptual de los marxismos jurídicos ortodoxos para las teorías jurídicas críticas en la actualidad”, en el que Mylai Burgos Matamoros analiza las tendencias de la teoría jurídica marxista que han influido en el pensamiento jurídico cubano posterior al triunfo de la Revolución. Así, la autora sistematiza en clave histórica los contenidos más relevantes de estas teorías y sus influencias en las concepciones que sustentan al derecho cubano actual. Finalmente, se presenta una visión acerca de la relevancia que, para el momento actual latinoamericano, puede tener la reelaboración de estos elementos teóricos por parte de los y las juristas en la isla.

Beatriz Rajland, en “Fetichismo, Estado y Derecho”, retoma la categoría de “fetichismo” que desarrolla Karl Marx con relación a la mercancía, para aplicarla respecto al Estado y al derecho. Rajland enfatiza en dos temas para ejemplificar este carácter fetichista: la relación poder constituyente-poder constituido y el estatus del derecho frente a la globalización. De esta manera, desmitifica el derecho y su función de naturalizar determinadas relaciones de poder. A partir de este cuestionamiento al sentido común jurídico imperante, la autora abre caminos a la construcción de un *derecho contra-hegemónico* basado en una *participación popular integral*,

En el artículo titulado “Algunas aproximaciones a la relación entre marxismo y derecho,” Napoleón Conde Gaxiola reflexiona sobre la articulación existente entre el marxismo y el derecho. Realiza su acercamiento a partir de sistematizar y explicar los principales aportes del jurista soviético Evgeni Pashukanis sobre ocho aspectos: el concepto de derecho, la forma jurídica, el contrato, la forma mercantil, la forma Estado, la subjetividad jurídica, las relaciones sociales de producción, y el nexo entre el derecho y la moral. Conde Gaxiola propone una revalorización de la concepción materialista y dialéctica del derecho, así como de la crítica de la economía política en el estudio de los saberes jurídicos.

Diana Isabel Molina Rodríguez, en su artículo “El pensamiento jurídico crítico y su relación con la poética utopista”, propone establecer conexiones entre el pensamiento jurídico crítico y la poética utopista. Si bien a primera vista estamos frente a dos esferas distantes, rescata la dimensión de *utopismo* de los idealistas radicales europeos de los siglos XVII y XVIII que establecieron los contornos del derecho moderno, de intelectuales latinoamericanos de comienzos y mediados del siglo XX, y de los procesos constituyentes también latinoamericanos del siglo XXI.

En su texto “Entre Derecho y Política. El lugar de la mentira en la razón jurídica: una aproximación crítica a la democracia liberal y su influencia en el derecho”, Carlos Arturo Gallego critica la escisión que hace la doctrina jurídica dominante entre el derecho y la política. Al efecto, analiza varios aspectos del discurso que construye la supuesta neutralidad del derecho, enfatizando en el papel que cumplen los centros de enseñanza jurídica, y asumiendo la necesidad de recuperar los procesos políticos como generadores de una democracia más amplia, más allá de la representación. Un *demos* como productor de voluntad política debe ser recuperado como una tarea colectiva, una acción orientada a la emancipación, y esto debe ser regenerado por los procesos de enseñanza del derecho.

Luiz Ismael Pereira en “Elementos para una teoría materialista del Estado latinoamericano”, partiendo de la discusión sobre la “derivación del Estado” (*Staatsableitungsdebatte*), y de una fuerte crítica a su comprensión liberal, propone elementos para delinear una teoría materialista del Estado y el derecho latinoamericanos. La construcción de una teoría materialista permite analizar de manera más profunda varios fenómenos que afectan a los Estados actuales, como por ejemplo la transnacionalización de los procesos económicos y la mundialización y fortalecimiento de los intereses privados; pero fundamentalmente atender a las condiciones materiales y las diversidades propias de nuestra realidad.

Camilo Onoda Caldas, en su trabajo “Estado, democracia e direitos fundamentais no pensamento filosófico de Umberto Cerroni,” nos invita a pensar la democracia como forma de emancipación de las formas de dominación, partiendo de un novedoso estudio de los aportes del pensamiento político y jurídico del filósofo marxista italiano Umberto Cerroni. Este análisis se centra en dos cuestiones: por una parte, la construcción de un socialismo democrático y su relación con los derechos y las garantías; por otra, el desarrollo de una ciencia política marxista. Se busca así repensar los caminos de una nueva forma de democracia para la región.

Mauro Benente, en su artículo “Teoría crítica y derechos humanos,” aborda la necesidad de una conceptualización crítica de los derechos humanos, que no se limite a cuestionar el carácter dominante

de las formas jurídicas. Tras enunciar el modo en que Kant, Marx y la Escuela de Fráncfort se han aproximado a la crítica, el autor remarca su doble carácter: vinculada con el reproche a un orden existente, y fundamentalmente con un horizonte emancipatorio. Benente nos ofrece un panorama sobre las tendencias anglosajonas de los estudios críticos del derecho, así como un análisis de las líneas contemporáneas acerca de las concepciones sobre los derechos humanos. El autor cierra su texto delineando los contornos con los que debería contar una teoría de los derechos humanos comprometida con la tarea emancipatoria.

Las discusiones que los autores y las autoras plantean, se hallan cruzadas por algunos elementos fuertes. Se evidencia un cuestionamiento a la pretendida neutralidad del derecho, puesto que es presentado en su dimensión ideológica y performativa. Es decir, se enfatiza la manera en que el discurso jurídico ordena determinadas visiones de la realidad de acuerdo a las relaciones de poder imperantes en un tiempo y espacio específicos.

En diversos escenarios el derecho es visto en acción. Así, los aportes que presentamos, muestran las maneras en que el derecho juega un rol fundamental en la consolidación de órdenes asimétricos y verticales, pero también cómo, bajo determinadas condiciones, los usos del derecho pueden ayudar para que determinados actores sociales desafíen tal orden. Esto puede entenderse a partir de las dos dimensiones de actuación del derecho que ha señalado Fitzpatrick. Una dimensión “relacional” de lo jurídico, en la que el derecho puede actuar como instrumento de lucha por el cambio, en contraste con otra dimensión “extraordinaria,” que sería aquella a través de la cual el derecho instituye un orden (2010: 27-35). Aportar a una visión sobre cómo el derecho puede operar en la recomposición de las relaciones sociales y cómo puede apoyar las luchas emergentes, constituye otro elemento fundamental de esta obra.

Los distintos trabajos patentizan la necesidad de una observación situada de aquellos escenarios de conflicto y los usos del derecho, empleando métodos y formas que vayan más allá del formalismo jurídico. En este plano se sitúa una diferencia que tienen las corrientes críticas del pensamiento jurídico, respecto de las tradiciones más propias del positivismo metodológico.

Así, más allá de las condiciones complejas y adversas que se analizan, las evidencias examinadas y los enfoques conceptuales desarrollados en esta obra nos dan fundamentos para pensar que se puede operar con el derecho de forma emancipatoria, o como diría Fitzpatrick, que “el derecho demostró ser una forma poderosa de resistir el derecho” (2010: 34). Tal como creemos que puede leerse en esta muy breve

presentación, aquella ambivalencia entre depresión y esperanza se lee con mayor o menor nitidez en cada uno de los trabajos que componen el libro. Tal como podrá interpretarse con la lectura de los capítulos, incluso en aquellos que presentan un diagnóstico más oscuro, se mantiene encendida una luz que marca un camino hacia la emancipación. Camino que requiere del trabajo académico colaborativo entre los investigadores y las investigadoras de Nuestra América en clave de un activismo y una militancia comprometida.

BIBLIOGRAFÍA

- Fitzpatrick, P. 2010 *El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad Libre).
- Novoa Monreal, E. 2007 [1975] *El derecho como obstáculo para el cambio social* (México DF: Siglo XXI).

PRIMERA PARTE
DERECHO Y CONFLICTO SOCIAL:
ESCENARIOS INTERNOS Y
TRANSNACIONALES

EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS: OPCIONES JURÍDICAS FRENTE A LA CAPTURA CORPORATIVA DEL ESTADO

Adoración Guamán*

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, la necesidad de controlar la actuación de las empresas transnacionales respecto de los derechos humanos y de la naturaleza mediante normas vinculantes se está convirtiendo en un eje relevante dentro de la agenda global de los movimientos sociales y en un tema común tanto en el ámbito jurídico internacional como en el estatal, por muy diversas razones. No es para menos: los crímenes corporativos, entre los cuales cobra una creciente importancia el fenómeno de la nueva esclavitud¹, se suceden día tras día, ligados particularmente tanto a la industria

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo en la Universitat de València.

1 Según la estimación mundial sobre la esclavitud moderna, en 2016 existían 24,9 millones de personas sometidas al trabajo forzoso. De ellas, 16 millones son explotadas en el sector privado, por ejemplo, en el trabajo doméstico, la industria de la construcción, la agricultura y el sector textil; 4,8 millones son víctimas de la explotación sexual forzosa, y 4 millones se encuentran en situación de trabajo forzoso impuesto por el Estado. Además, el trabajo forzoso afecta en forma desproporcionada a las mujeres y niñas, que representan el 99 % de las víctimas en la industria sexual comercial y el 58 % en otros sectores (OIT, 2017).

extractiva² como a la textil³. Mientras las violaciones de derechos humanos se suceden, los culpables de crímenes tan graves como el de Bophal⁴ siguen impunes.

Evidentemente, no se trata de un tema novedoso. Al contrario, la gravedad de las injerencias de las transnacionales en la política interna de los estados y la denuncia de estas se vienen produciendo desde la década de los cincuenta. Hay que recordar que golpes de Estado contra gobiernos como los de Jacobo Arbenz en Guatemala (1954) y Salvador Allende en Chile (1973) no se habrían llevado a cabo sin la intervención de empresas transnacionales como la United Fruit Company y la International Telephone and Telegraph⁵. De hecho, ya en 1972, ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el presidente Allende denunció lo que estaban provocando en

2 La empresa transnacional Chevron/Texaco obtuvo en 1964 una concesión de más de un millón de hectáreas en la Amazonia norte de Ecuador para explorar y extraer petróleo. Al llevar a cabo su actividad, realizó una serie de operaciones, vinculadas a una reducción de costos en la explotación, que provocó derrames de crudo que causaron la destrucción de más de 450.000 hectáreas de bosque tropical amazónico, donde habitaban pueblos indígenas ancestrales. Las víctimas se cuentan por miles. Tras nueve años de litigios ante el sistema norteamericano, finalmente el caso se radicó en Ecuador, y en el año 2011 la Unión de Afectados por las Operaciones Petroleras de Texaco UDAPTlogró que Chevron fuera condenada a reparar el daño causado. En aquel momento, Chevron ya había sacado todos los bienes y activos que tenía en Ecuador, lo que hizo imposible ejecutar la sentencia en el país donde se produjo la catástrofe. Sobre el caso, con carácter reciente ver Prieto, Espinoza (2017).

3 En septiembre de 2012 se produjo un incendio en una fábrica textil en Karachi (Pakistán). Murieron 260 trabajadores y 32 quedaron heridos. El local de la empresa, Ali Enterprises, tenía bloqueadas las salidas de emergencia, las ventanas enrejadas y una única forma de evacuación. Debido a esto, las personas que trabajaban quedaron atrapadas en el fuego y murieron asfixiadas o quemadas. Sobre este caso, ver la información disponible en https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/working-conditions-in-south-asia/pakistan-kik.html y en la web de la Campaña Clean Clothes. Más conocido por su magnitud fue el crimen del Rana Plaza: el 24 de abril de 2013 se desplomó en Daca (Bangladesh) un edificio de ocho plantas, llamado Rana Plaza. Hubo 1.129 fallecidos, en su mayoría obreras textiles de grandes marcas internacionales de moda.

4 El 3 de diciembre de 1984 se produjo una fuga de 27 toneladas de *methyl isocyanate* y otros gases letales en la planta de fabricación de pesticidas de la empresa Union Carbide India Limited, situada en Bhopal (India). Según fuentes del gobierno del Estado, murieron 5.200 personas y hubo varios miles de heridos, con discapacidades parciales permanentes. Otras investigaciones apuntan a 8.000 víctimas mortales y al menos 150.000 heridos. La International Campaign for Justice in Bhopal afirma que desde aquel momento han muerto por causas relacionadas con la fuga de gas más de 22.000 personas. Las numerosas investigaciones apuntan no solo a la negligencia sino a un comportamiento doloso de la empresa. Para un completo recorrido por el caso, ver Esteve (2016).

5 Sobre el tema, ver Hernández Zubizarreta (2009); Esteve (2011); Gómez (2006).

Chile y en el conjunto de los países del Concierto global las empresas multinacionales, y puso sobre la mesa de manera clara los parámetros del problema. Dijo en aquel momento que “la agresión de las grandes empresas capitalistas pretende impedir la emancipación de las clases populares [...] estamos ante un verdadero conflicto frontal entre las grandes corporaciones y los estados. Estos aparecen interferidos en sus decisiones fundamentales —políticas, económicas y militares— por organizaciones globales que no dependen de ningún Estado y que en la suma de sus actividades no responden ni están fiscalizadas por ningún parlamento, por ninguna institución representativa del interés colectivo. En una palabra, es toda la estructura política del mundo la que está siendo socavada”⁶.

Evidentemente, esto era solo el principio. La captura corporativa se fue refinando. Paralelamente al crecimiento en tamaño y complejidad de las empresas con actividad transnacional⁷, las formas de esta captura del Estado evolucionaron. Así, del apoyo directo a la violencia se evolucionó hacia formas de control político de los gobiernos de los estados, imponiendo, entre otras estrategias, medidas de endeudamiento estatal y privatización de los bienes y servicios públicos, o impulsando la firma de instrumentos normativos de protección de la inversión extranjera y la liberalización del comercio. Los acuerdos de comercio e inversión han sido una armadura jurídica que, sumada al aumento del tamaño de las corporaciones y sus cadenas de valor, apuntala una asimetría creciente de poder entre estos actores económicos y los estados, incluyendo las propias organizaciones internacionales (Guamán, 2015 y 2016).

En este sentido, es importante señalar los paralelismos entre la construcción de la arquitectura jurídica de la impunidad en América Latina en las décadas de los ochenta y los noventa, y lo que está sucediendo en la Unión Europea. El llamado “consenso de Bruselas” ha supuesto un nuevo desborde antidemocrático por el cual se efectúa un nuevo vaciamiento competencial, acompañado de nuevas estructuras jurídicas que alejan la posibilidad de efectuar algún cambio en los esquemas de toma de decisiones de la Unión Europea para

6 Presidente de Chile, Salvador Allende, Naciones Unidas, 4 de diciembre de 1972.

7 Siguiendo a Bonet (2008), se puede afirmar que una empresa transnacional (ETN) es una compañía mercantil con ánimo de lucro, que constituye una estructura organizativa societaria presente en una pluralidad de estados en torno a una sociedad matriz. Las ETN son operadores económicos privados cuya constitución y extinción, así como sus actividades, se encuentran sometidas a una pluralidad de jurisdicciones estatales. Además, la ETN efectúa esas actividades empresariales según una unidad de gestión centralizada en la sociedad matriz, desde la cual se dirigen las actividades transnacionales y se ordena el conjunto de la actividad empresarial.

acercarlos a la voluntad de su ciudadanía. Expresando la idea de un modo esquemático, es posible dividir esta evolución en cuatro fases: en la primera de las fases de construcción de lo que es hoy la UE, la de creación del mercado interior, se elevaron competencias estatales en materia económica mientras se iban erosionando los modelos sociales estatales para permitir la eliminación de barreras al libre comercio, fundamentalmente de mercancías y posteriormente de servicios y establecimiento de empresas; en la segunda de las fases, la construcción de la Unión Económica y Monetaria, se redujo la capacidad de los estados miembros para ejecutar su propio modelo social, con criterios de convergencia que ahogaban las políticas sociales mientras favorecían el poder y la movilidad del capital financiero; en la tercera de las fases, la imposición de la “gobernanza económica”, la excusa de la crisis permitió situar las políticas de austeridad como vector de funcionamiento de la economía de los 28 e incluso ir más allá de lo permitido por el ordenamiento jurídico de la UE para firmar nuevos tratados “al margen” para la “gobernanza económica”, lo que produjo un desbordamiento neoliberal de las instituciones de la UE y la imposición autoritaria de medidas anti-sociales a países como Grecia, Chipre, Irlanda o España (Guamán & Noguera, 2015).

La voluntad de profundizar en la desregulación para facilitar los intercambios comerciales, de atraer la inversión extranjera proporcionando mayor protección a los inversores (empresas transnacionales) y de conseguir menor capacidad de intervención de las instituciones democráticas en los estados miembros, llevó a un nuevo desborde competencial, una cuarta fase de la integración económica supranacional, ahora orientada hacia la firma de tratados de comercio e inversión de “nueva generación”.

Estos tratados, pilares fundamentales de la nueva *Lex mercatoria*, ponen a los actores económicos transnacionales como sujetos del derecho de la UE, concediéndoles una serie de privilegios que los sitúan en una posición de poder e impunidad, y los dejan por encima de los actores institucionales y de las personas. Así, la UE y sus estados se han limitado a sí mismos con el objetivo de evitar lo que denominan “riesgo democrático”, asegurando que, independientemente de lo que pueda ocurrir en los procesos electorales, el camino de las políticas sociales o de la ampliación de los servicios públicos queda vetado hacia el futuro, en aras de la protección de los derechos de los inversores. Es más, mediante los mecanismos de cooperación reguladora, y con el argumento de la necesidad de eliminar obstáculos al comercio por la vía de la aproximación legislativa, se produce una nueva usurpación de competencias hacia los llamados “Consejos de Regulación”,

instaurando procedimientos jurídicamente cuestionables que escapan de cualquier control, incluso de los tradicionales exámenes de constitucionalidad (Guamán & Jiménez, 2016).

Evidentemente, este conjunto de elementos y estrategias no configura un fenómeno aislado, sino que forma parte de lo que Stefano Rodotà definía como la crisis del moderno Estado nacional y del sistema tradicional de fuentes, y que otros muchos autores han calificado como crisis del “imperio de la ley”; en otras palabras, el paso de una realidad caracterizada por las leyes parlamentarias y las dinámicas normativas concentradas en el Estado nación hacia un modelo determinado por las interacciones multinivel y *multistakeholder*. Nos encontramos ante una modificación del sistema de regulación pública que “se reestructura desde sí mismo y cede poder hacia el exterior”, una nueva distribución del poder político y jurídico que se produce en los distintos niveles de producción normativa (Rodotà, 2010). Así, el poder normativo de lo público se reduce frente a la regla de la fuente privada y de la aplicación “voluntaria” de normas autónomas, derivadas directamente de los actores económicos interesados. La llamada *desregulación* es más bien una *re-regulación*, en la que el derecho internacional de los derechos humanos, categoría en la que se incluyen evidentemente los derechos laborales, pierde peso frente a las normas derivadas del poder privado, orientadas a la regulación del comercio y las relaciones económicas, donde el poder judicial y la desnaturalización de sus funciones tradicionales cobran especial relevancia (Esteve, 2016).

De hecho, es posible afirmar que se está ante la evidencia de los fallos de un sistema que permite la extensión de poderes sin responsabilidades, que consiente, incluso fomenta, que las personas y entidades que controlan las ETN eludan cualquier tipo de obligaciones respecto de las personas y entidades sobre las que tienen una influencia muy significativa, con lo cual se benefician ampliamente de esta situación (Lyon-Caen & Sachs, 2016).

Es bien sabido que, desde la década de los setenta, tanto en medios académicos como políticos, y entre las organizaciones sociales, se ha venido plasmando la necesidad de articular mecanismos de supervisión y democratización de las actuaciones de las ETN respecto de los derechos humanos y la naturaleza⁸. Sin embargo, a pesar del progreso alcanzado en el reconocimiento y la institucionalización de los derechos y sistemas de derechos humanos, lo cierto es su primacía

8 Para un recorrido por las experiencias previas, se remite al texto y muy en particular a las referencias que se recogen en Cantú (2017).

no cuenta todavía con los mecanismos de garantía que permitan la adecuada protección de las víctimas y la determinación de la responsabilidad, así como la reparación, por parte de las ETN. De hecho, es fundamental enfatizar en que las vías de prevención de las violaciones de derechos humanos basadas en la actuación voluntaria de las ETN, por ejemplo, los sistemas de códigos de conducta y auditorías voluntarias, son insuficientes, al igual que los principios internacionales que derivan el establecimiento de marcos normativos nacionales a la voluntad de los estados. En particular, se hace referencia a las insuficiencias de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, también conocidos como “Principios Ruggie”⁹, para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de vulneraciones cometidas por empresas transnacionales.

La plasmación jurídica del objetivo de prevenir las violaciones, repararlas y poner fin a la impunidad comenzó a fraguarse de nuevo con la Resolución 26/9, adoptada el 26 de junio de 2014 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por la que se creó “un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato es elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”¹⁰. La resolución fue impulsada por Ecuador y Sudáfrica con la finalidad de avanzar hacia un marco jurídico internacional de carácter vinculante que estableciera los mecanismos de prevención, responsabilidades, acceso a la justicia y reparación, generara obligaciones para los estados y las ETN, y dotara a las víctimas de los necesarios instrumentos de protección de sus derechos.

Como se verá en los siguientes epígrafes, la aprobación de la Resolución 26/9 no fue una tarea fácil en el plano político y plasmarla en el plano jurídico ha sido difícil. Las preguntas que surgen son múltiples: ¿es posible, incluso *deseable*, convertir las ETN en sujeto

9 Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar” (Naciones Unidas, A/HRC/17/31, 27 de marzo de 2011). Para una visión crítica de estos principios se remite, entre otras muchas fuentes, a Esteve (2011); Hernández Zubizarreta (2009); Deva (2013).

10 Resolución A/HRC/RES/26/9. “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”: adoptada con votación en el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de junio de 2014. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>.

de derecho internacional con obligaciones directas? ¿Es posible regular las actividades de las ETN con un instrumento internacional que las sujete en exclusiva, sin integrar a todas las empresas? ¿Es posible regular obligaciones extraterritoriales sin caer en la vulneración del principio de soberanía? Adelantando la respuesta afirmativa a todas estas preguntas, se comenzará su argumentación mediante el desarrollo del marco teórico del tema, analizando las múltiples aristas de la impunidad corporativa.

2. LAS MÚLTIPLES ARISTAS DE LA IMPUNIDAD CORPORATIVA

Las violaciones de derechos humanos por parte de las ETN no solo no se han reducido en los últimos años, sino que se han refinado y se han convertido, en algunos sectores, en algo casi consustancial a la evolución de la economía global y, como se verá, de la obsesión por la atracción de los flujos de inversión extranjera directa. La extensión del fenómeno de la “captura corporativa”, la ampliación de la llamada *Lex mercatoria* y del poder de las ETN, así como su descentralización y expansión a través de las cadenas mundiales de suministro, se vincula directamente con la construcción de la “armadura jurídica para la impunidad”¹¹ que les permite eludir responsabilidades.

Como han recordado Juan Hernández y Pedro Ramiro, la nueva *Lex mercatoria* se conforma como un nuevo orden económico y jurídico global que reinterpreta y formaliza el poder de las multinacionales mediante la utilización de usos y costumbres internacionales; normas de los estados nacionales; un conjunto de convenios, tratados y normas de comercio e inversiones de carácter multilateral, regional y bilateral, como el CETA (Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio o Acuerdo Económico y Comercial Global)¹² o el *non nato* TTIP (Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones), las resoluciones de los

11 La noción de impunidad se encuentra recogida en el documento Economic and Social Council, Commission on Human Rights, E/CN.4/2005/102/Add.1, Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, p. 6, de la siguiente manera: “Ausencia, *de iure* o *de facto*, de la imputación de la responsabilidad penal a los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo que aquellos escapan a toda investigación tendiente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpabilidad, a su condena a penas apropiadas, y a reparar los perjuicios sufridos por sus víctimas”. Como ha señalado Melik Özden (2017), esta definición se refiere a las violaciones de derechos civiles y políticos cometidos por agentes del Estado, pero puede ampliarse tanto a las violaciones cometidas por ETN como a la totalidad de derechos humanos, incluyendo así, evidentemente, los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales.

12 Sobre este tema se remite a lo analizado en Guamán (2015); Guamán y Jiménez (2016), y Guamán y Conesa (2016).

mecanismos de resolución de controversias Inversor-Estado (ISDS), los códigos de conducta empresarial y un largo etcétera. Además, debe recordarse que la gran mayoría de estos mecanismos se vincula con la obsesión de muchos gobiernos por la atracción de la inversión extranjera, que los ha lanzado a la generación desbocada de una extensa red de acuerdos de comercio e inversión, lo cual produce una doble consecuencia: por un lado, la obsesión mencionada arrastra a las economías en desarrollo a una dinámica de feroz competencia, rebajando sus normas laborales (se trata de los fenómenos calificados como *regulatory competition* y *race to the bottom*), dando ventajas de todo tipo a los inversores extranjeros y provocando el efecto de “congelación legislativa”¹³.

Es una opinión claramente aceptada que en la construcción de esta compleja y amplia *Lex mercatoria* ha desempeñado un papel fundamental el fenómeno de la “captura corporativa”, es decir, las formas y vías por las que la élite económica controla las decisiones de los estados en su propio beneficio. Según lo ha señalado la Red-DESC, la captura corporativa puede definirse como “la influencia indebida que las corporaciones ejercen sobre las instituciones públicas nacionales e internacionales, manipulándolas para que actúen de acuerdo con sus prioridades, a costa del interés público y la integridad de los sistemas necesarios para respetar, proteger y hacer realidad los derechos humanos y proteger el medio ambiente. Dada su naturaleza, esta captura corporativa actúa como una significativa causa de los abusos de derechos humanos por parte de las empresas”¹⁴.

La segunda arista de la impunidad se deriva de las dificultades y obstáculos para la obtención de la tutela judicial efectiva y la reparación de las víctimas, tanto en el país donde se cometió el ilícito como, por supuesto, en el Estado de origen de la empresa matriz. La incapacidad, falta de voluntad o permisividad de los estados son directamente proporcionales a la capacidad de influencia que sobre estos tiene el poder corporativo. En concreto, como han señalado diversas observaciones generales de órganos de derechos humanos de Naciones Unidas, se destacan las siguientes cuestiones: la dificultad para acceder

13 Como lo ha definido Juan Pablo Bohoslavsky, el *regulatory chill* puede entenderse como “la inhibición que sufren las respectivas agencias estatales para modificar y mejorar la regulación, pues temen de alguna manera las consecuencias legales que pueden sobrevenir” (Bohoslavsky, 2010). En otras palabras y coincidiendo con Humberto Cantú, el Estado se paraliza por temor a las consecuencias económicas (indemnizaciones) que pueden derivarse de la adopción de normas que regulen la actividad de inversionistas extranjeros (Cantú, 2017).

14 https://www.escr-net.org/sites/default/files/proyecto_de_captura_corporativa_spanish_0.pdf.

a la información y las pruebas para sustanciar las demandas, muchas de las cuales están en manos de la empresa demandada; la carencia de mecanismos de acción colectiva; la falta de asistencia jurídica y de ayudas económicas para hacer las demandas viables económicamente; las dificultades de probar el vínculo entre los actores económicos implicados en el Estado donde se comete la vulneración y el de origen; la falta de mecanismos adecuados de cooperación jurídica internacional y los costos de la litigación transnacional; la utilización en algunas jurisdicciones del *forum non conveniens*¹⁵, etc.

Más allá de esta cuestión, y vinculada con ella, otro de los principales límites para la reparación de las víctimas es la negativa de muchos estados a aceptar el principio de extraterritorialidad. En tal sentido, la afirmación de la limitación territorial de las obligaciones estatales respecto de estos está provocando importantes vacíos en su protección, que se agudiza con la creciente movilidad transnacional del capital y de los actores económicos¹⁶.

Llegado a este punto, merece la pena volver al caso Rana Plaza, como ejemplo de las dificultades del acceso de las víctimas a la justicia. El 29 de agosto de 2017, un tribunal de Dacca condenó a tres años de cárcel y una multa de US\$625 al primer, y hasta ahora, responsable por la muerte de 1.129 trabajadoras, Sohel Rana, dueño del complejo. Hasta el momento, no se ha conseguido determinar la responsabilidad de las corporaciones transnacionales que tenían acuerdos comerciales con las empresas cuyos locales estaban en el Rana Plaza. Más allá de una compensación económica “donada” por determinadas multinacionales¹⁷, las personas físicas y jurídicas que aumentaron su tasa de ganancia presionando a las empresas locales para incrementar la producción y reducir los gastos sociales y de prevención y que, por tanto, tendrían que considerarse culpables tanto por esta presión como por la omisión del deber de vigilancia, es decir, el conjunto de ETN señaladas (KiK, El Corte Inglés, Benetton, Primark, etc.), siguen impunes. La reparación debida a las víctimas, por tanto, no se ha completado.

Por último, la tercera arista de la impunidad es la falta de mecanismos jurídicos adecuados para determinar la responsabilidad jurídica frente a un comportamiento empresarial deliberadamente dirigido a

15 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/24, General Comment N.º 24 (2017): on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, par. 42.

16 Declaración Viena+20 OSC, adoptada en Viena el 26 de junio de 2013.

17 Cabe destacar, por ejemplo, que Benetton ha “donado” US\$1.100.000; Auchan, US\$1.500.000; BRAC USA (que incluye, entre otras marcas, a Gap Foundation o Walmart), US\$2.480.000, e Inditex, US\$1.633.430.

difuminarla, por medio de las estrategias de descentralización, diferenciación patrimonial, constitución y diversificación de sociedades dominantes y filiales, así como de la desterritorialización de las distintas partes de la producción, dividiéndola en diferentes espacios territoriales y países. Es evidente que a medida que aumenta el tamaño de las corporaciones transnacionales, su capacidad de suministro y la extensión de sus cadenas de suministro, se acrecientan tanto las posibilidades de que utilicen las estrategias de *dumping* como de que se cometan violaciones de derechos humanos que queden impunes, por cuanto se obstaculiza la determinación de los responsables de la violación de estos por las actividades realizadas a lo largo de las cadenas de valor.

Es evidente que tampoco aquí nos adentramos en un fenómeno novedoso. Como han venido señalando múltiples exponentes de la doctrina de la sociología crítica, y se sigue en particular aquí a Barañano (2009), se ha asistido a un proceso de transformación por el cual el capitalismo ordenado en el ámbito nacional se ha reconfigurado en una composición multiescalar, en la que las dimensiones local, nacional, regional y transnacional están cada vez más imbricadas. En esta reconfiguración, la gran empresa fordista ha mutado en una organización en red, descentralizada y deslocalizada, situándose las distintas fases de la producción ya no en diversas plantas o centros de trabajo sino en diferentes países. Se han creado nuevas plantas altamente móviles con escasos vínculos con el territorio y la vida o el mercado local, cuya instauración responde a los incentivos ofrecidos por territorios y comunidades locales que compiten entre sí por las empresas, grandes, flexibles, móviles y que subcontratan y externalizan de manera intensiva a lo largo de sus cadenas. Aprovechan así las condiciones laborales disímiles para utilizar la técnica del *dumping* (social, ambiental y de derechos humanos en general) como una estrategia más, acaso la más eficiente, para rebajar los costos sociales e incrementar la tasa de ganancia.

En el modelo de red, la producción se estructura a lo largo de extensas cadenas en las que, como expresa Mar Maira (2014), los costos, riesgos, obligaciones y responsabilidades se desplazan hacia abajo, mientras que los beneficios principales se concentran en manos de las matrices. En otras palabras, en una mayoría de casos la producción se contrata con un gran número de pequeñas y medianas empresas que en muchas ocasiones se sitúan en zonas francas de inversión o exportación, a las que se hará referencia posteriormente; mientras, las matrices o las compañías de la marca dirigen las actividades “no productivas” como las relacionadas con la investigación, innovación, comercialización y logística, con el consiguiente impacto en la división internacional del trabajo.

Estas estrategias de desterritorialización y descentralización, que tienen una clara orientación norte-sur, pero que se empieza a extender horizontalmente, se evidencian si se atiende, por ejemplo, al índice de transnacionalización de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Los datos que aporta este índice muestran que las 100 primeras empresas multinacionales tienen, en promedio, más de 500 filiales en unos 50 países. Su estructura de propiedad posee siete niveles jerárquicos (es decir, los eslabones de propiedad con las filiales pueden cruzar hasta seis fronteras), unas 20 sociedades de cartera que presentan filiales en múltiples jurisdicciones, y casi 70 entidades en centros de inversión extraterritoriales (UNCTAD, 2016). La UNCTAD (2013) estimaba también que alrededor del 80 % del comercio mundial (medido en términos del valor bruto de las exportaciones) estaba entonces relacionado con las redes internacionales de producción de las empresas transnacionales.

Desde el punto de vista de los objetivos de los actores económicos, la estrategia descrita conlleva y persigue la evasión y la elusión de los marcos normativos y vías jurisdiccionales establecidos en materia laboral, ambiental, fiscal, etc., que, como es evidente, se encuentran todavía contruidos de manera fundamental en el ámbito nacional. Con esta estrategia, la empresa consigue ampliar sus beneficios por varias vías. En primer término, se emancipa del *ius* nacional, es decir, inaplica los derechos que rigen en el lugar de domicilio de su matriz, a la vez que evita las obligaciones que puedan derivarse de los marcos normativos autónomos (los convenios colectivos). En segunda instancia, como señaló Antonio Baylos, esta reconfiguración de la producción permite que la empresa independice sus decisiones —especialmente las relativas a los derechos laborales— del control de los sindicatos y ayuda a disminuir el poder de estos (Baylos, 2005). En tercer lugar, las matrices se inmunizan, extendiendo el velo corporativo, y eluden las responsabilidades en que puedan incurrir las entidades que se ponen a lo largo de los eslabones de sus cadenas respecto de los derechos humanos y el ambiente. Por último, es una opinión ampliamente compartida que estas estrategias están generando una nueva división internacional del trabajo, que acentúa las situaciones de desigualdad y dominación, mientras que entraña una disminución de los poderes que tradicionalmente han regulado, y protegido, los derechos humanos, en concreto los laborales, como el Estado y los actores sociales (sindicatos).

Más allá del objetivo, es necesario referirse al incuestionable impacto de esta estrategia sobre los derechos humanos en general y los laborales en particular. Como señalaba el informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre cadenas de suministro (OIT,

2016), es innegable que los problemas relativos a las violaciones de derechos humanos y, en particular, las indignas condiciones de trabajo, ya existían en muchos países antes de su incorporación a las cadenas mundiales de suministro. Sin embargo, es igualmente notorio que la actividad de estas cadenas ha contribuido a perpetuar o agravar dichos problemas y ha hecho surgir nuevas dificultades para asegurar el respeto a los derechos humanos.

Un ejemplo de esto puede ser la realidad del trabajo informal. Se estima que cerca de 130 millones de personas laboran en condiciones de informalidad en América Latina y el Caribe, lo que representa al 47,7 % de los trabajadores de la región. En concreto, una persona de cada 17 trabaja en estas cadenas de valor transnacionales de manera informal, sin relación laboral reconocida (CSA, 2017). Por otro lado, como manifiestan tanto la Confederación Sindical de las Américas como la Confederación Sindical Internacional, las nuevas formas de esclavitud son el otro rasgo que se combina para caracterizar el trabajo en estas cadenas¹⁸, entendiéndose como “esclavitud moderna” fenómenos como la trata, el trabajo infantil y el trabajo forzado; en este último se pueden incluir todas aquellas situaciones en las que una persona no es libre para decidir si acepta un trabajo en unas condiciones que vulneran su integridad física, por ejemplo, o moral. Por añadidura, la precarización del trabajo afecta de un modo preponderante a mujeres, migrantes, afrodescendientes, indígenas y jóvenes, como es bien sabido.

3. LA NECESIDAD, Y POSIBILIDAD, DE UN INSTRUMENTO VINCULANTE SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS

Como se señalaba en la introducción, en el año 2014 Ecuador y Sudáfrica impulsaron y consiguieron la aprobación de la Resolución 26/9 en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, con el objetivo de conseguir la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante (IJV) sobre empresas transnacionales y derechos humanos.

La Resolución 26/9, que para la consecución del objetivo antedicho sirvió para crear el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta, presidido por Ecuador hasta la fecha, obtuvo 20 votos a favor, 14 en contra y 13 abstenciones. Es importante señalar que la resolución contó con el voto a favor tanto de China como de Rusia, India y Venezuela; mientras que todos los países de la UE

¹⁸ Ver el informe del Business Human Rights Resource Centre, 2017.

presentes, como Alemania, Francia, Italia, Irlanda y la República Checa, junto con Estados Unidos, entre otros, se manifestaron en contra, y Chile, México y Perú se abstuvieron en la votación inicial.

Aquella votación fue una etapa fundamental en un camino que cientos de organizaciones sociales y miles de activistas llevaban años transitando y que, por fin, entraba con fuerza en el ámbito del debate entre los estados, de la mano de Ecuador y con la Treaty Alliance y la “Campaña global para reivindicar la soberanía de los pueblos, dismantelar el poder de las transnacionales y poner fin a la impunidad”, totalmente implicadas en el proceso. Tras la celebración del tercer grupo de trabajo, en octubre de 2017, es posible afirmar que la participación activa de los cientos de entidades de la sociedad civil en el proceso de elaboración del tratado es imprescindible para que el camino hacia el IJV continúe.

Cabe destacar que la Resolución 26/9 es un documento conciso, que parte del reconocimiento de la labor realizada anteriormente y que señala con claridad que la responsabilidad principal de promover y proteger los derechos humanos implica también el reconocimiento de la responsabilidad misma de las empresas transnacionales. En este marco, la resolución establece cuatro directrices, una respecto del contenido y tres sobre el procedimiento. Empezando por esta última cuestión, cabe señalar que la resolución enmarcó las obligaciones de los tres primeros grupos de trabajo. Los dos primeros, que tuvieron lugar entre el 6 y el 10 de julio de 2015¹⁹, y entre el 24 y el 28 de octubre de 2016²⁰, debían consagrarse a deliberaciones constructivas sobre el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro instrumento internacional; en el tercero, que se celebró del 23 al 27 de octubre de 2017²¹, la presidencia del grupo de trabajo presentó un documento de elementos para IJV, preparado bajo el mandato de la Resolución 26/9 y sobre la base de las dos primeras sesiones, que ha marcado el inicio de las negociaciones sustantivas.

Más allá de las directrices respecto del contenido de los tres primeros grupos, la resolución no se pronuncia sobre cómo organizar el resto de las sesiones necesarias hasta alcanzar el objetivo de la resolución, que es la aprobación del Instrumento Vinculante. Como señala Carlos López, tras la tercera sesión, el grupo de trabajo debería

19 El informe completo de esta primera sesión puede encontrarse en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/25/PDF/G1601825.pdf?OpenElement>.

20 El informe completo de esta segunda sesión se halla en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/000/99/PDF/G1700099.pdf?OpenElement>.

21 Los documentos de trabajo relativos a este tercer grupo están disponibles en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>.

iniciar el debate de las distintas partes y secciones del nuevo tratado (López, 2017). Así, la omisión de una referencia estricta respecto de qué contenido debían tener la cuarta y sucesivas reuniones de trabajo parece coherente con el respeto a la dinámica del grupo y con la necesaria prudencia para no predeterminar a muchos años un proceso tan complejo como dinámico. En otro sentido, no cabe duda de que la tercera sesión marca un punto de inflexión *hacia delante*, por cuanto ha sentado las bases para la discusión de una propuesta ya escrita y porque en el informe final de la tercera sesión la presidencia del grupo se ha comprometido a presentar un borrador de texto articulado en la cuarta sesión que debe celebrarse en 2018.

La Resolución 26/9 establece también las características del grupo que crea. Se trata de un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos. Esto significa que los trabajos se abren a todos los estados miembros de la ONU, a los que tienen la categoría de observador; a las ONG con estatus consultivo del Comité de Derechos Económicos y Sociales (Ecosoc) y a otros actores como organizaciones internacionales o institutos de derechos humanos. Todos pueden participar aportando insumos orales o escritos. Por otro lado, en la resolución no se marca una fecha para el cierre de los trabajos, que durarán hasta que se adopte el instrumento o se decida abandonar la negociación.

El Documento de Elementos presentado por la presidencia en la tercera sesión, que servirá de base para el borrador del instrumento, consta de nueve partes. En primer lugar, contiene un marco general en el que se incluyen los posibles contenidos del preámbulo, los principios, los propósitos y los objetivos del futuro instrumento vinculante. A continuación, el documento centra la atención en el ámbito de aplicación (derechos, actos y actores); el tercer apartado son las obligaciones generales, distinguiendo entre las de los estados, las de las ETN y otras empresas de negocios (según se establece en la Resolución 26/9) y aquellas de las organizaciones internacionales; el cuarto apartado se centra en las medidas preventivas, siguiendo el modelo de la *Loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre*, aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 21 de febrero de 2017²²; el quinto se centra en la responsabilidad legal, in-

22 Existe ya un nutrido cuerpo doctrinal entre los juristas franceses sobre esta ley, en el cual se destacan las obras de Sachs (2017) y Hannoun (2017).

cluyendo la administrativa, civil y penal; el sexto apartado se refiere al acceso a la justicia, recursos efectivos y garantías de no repetición; el séptimo trata de la jurisdicción, tema clave porque en él se integra la cuestión de la extraterritorialidad, aunque no se refiera expresamente; el octavo, la cooperación internacional, esto es, los mecanismos de cooperación transfronteriza en investigación, jurisdicción y ejecución de sentencias; en el noveno se ubican las distintas opciones para desarrollar los necesarios mecanismos de promoción, implementación y monitoreo, y el décimo incluye las disposiciones finales.

Es importante señalar que en la misma sesión se presentaron diversos insumos por parte de las organizaciones sociales y otras entidades. Uno de los aportes más relevantes es la propuesta de instrumento elaborada por la Campaña Global²³, un texto “de máximos” elaborado mediante un procedimiento participativo en el que intervinieron las organizaciones y asociaciones que la integran, así como diversos juristas y académicos expertos en la materia.

No se puede olvidar que a lo largo de las tres sesiones ya celebradas del grupo de trabajo hay temas que han sido objeto de discusiones especialmente duras, marcando lo que parecen ser líneas rojas para actores como la UE y sus aliados. Entre otras cuestiones, destacan las reticencias a la limitación del ámbito subjetivo de las compañías transnacionales; la oposición frontal a la inclusión de responsabilidades directas a las empresas; las duras críticas respecto de la propuesta de establecer responsabilidades extraterritoriales, o la posibilidad de incluir una corte internacional específica sobre ETN y derechos humanos. Por el contrario, en el ámbito de la prevención ha habido un mayor consenso al basarse en la mencionada ley sobre diligencia debida aprobada en Francia.

Con respecto a las cuestiones jurídicamente más controvertidas, vale la pena destacar las siguientes consideraciones, a modo de cierre de la presente contribución:

1. Sobre la relación con los Principios Ruggie, los detractores del proceso de la Resolución 26/9, particularmente la UE, han señalado la oposición entre ambas iniciativas y la necesidad de respetar el tiempo

23 El texto de esta propuesta de la Campaña se elaboró mediante un procedimiento participativo en el que intervinieron las organizaciones y asociaciones que forman parte de la misma, así como diversos juristas y académicos expertos en la cuestión. El documento resultante, denominado “Contribución escrita del Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM) y del Institute for Policies Studies/Transnational Institute a la 3.ª sesión del grupo de trabajo intergubernamental sobre empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos (23-27 de octubre de 2017)”, puede encontrarse en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CETIM-TNI_SP.pdf.

de aplicación y desarrollo de los Ruggie, inclinándose a favor de una dilación del proceso de adopción del IJV. Más allá de cuestionar el supuesto “consenso” actual sobre estos Principios, criticados por la doctrina, organizaciones sociales y estados, es importante recordar, como destacan Humberto Cantú o Carlos López, que la posibilidad de un IJV había sido planteada incluso durante el propio proceso de elaboración y adopción de los Principios Rectores en el CDH²⁴. En concreto, la Resolución 17/4 del Consejo señaló con claridad que la adopción de los Principios no impedía la posibilidad de cualesquiera otras iniciativas futuras, incluido un relevante y comprehensivo marco internacional, y tampoco desarrollos a largo plazo, “incluido el perfeccionamiento de las normas” (López, 2017; Cantú, 2017).

2. Sobre el ámbito de aplicación del IJV existen dos opiniones contrapuestas: la primera entiende que el instrumento debe aplicarse en exclusiva a las empresas transnacionales, postura que sostienen varios estados y fundamentalmente la mayoría de las organizaciones sociales participantes (en concreto, el proyecto de tratado presentado por la Campaña Global adopta esta opción) y diversos académicos²⁵; la segunda propuesta apuesta por la inclusión de todas las empresas, entendiendo que no deben dejarse fuera las empresas nacionales por lo que el ámbito subjetivo debe incluir a “todas las empresas”. Esta postura la defiende de modo contundente la Unión Europea, apoyada por diversos estados académicos²⁶ y algunas ONG. Existe una tercera vía: la utilización del término “empresa con actividad transnacional”, línea que sigue igualmente el Documento de Elementos presentado por la presidencia del Grupo de Trabajo.

3. Sobre la posibilidad de establecer obligaciones directas a las empresas, el núcleo del actual debate radica en aceptar que el derecho internacional no solo puede sino que debe establecer responsabilidades directas a las empresas respecto del respeto de los derechos humanos. Los argumentos fundamentales que sostienen esta inclusión son múltiples. Como idea de fondo, que ya se ha repetido abundantemente,

24 En el preámbulo de las resoluciones 8/7 de 2008 y 17/4 de 2011 se determina que “es preciso esforzarse por colmar los vacíos de gobernanza a nivel nacional, regional e internacional”.

25 Esta opción la sostienen, entre otros, Juan Hernández Zubizarreta o Carlos Correa. El argumento principal es la diferencia existente entre el ámbito de impunidad del que gozan las ETN y el que tienen las empresas de ámbito estatal, cuyas actividades están reguladas por las normas estatales y la jurisdicción nacional. Ver Hernández (2009) y Correa (2016).

26 Esta postura ha sido mantenida, con matices, por Carlos López (2017) y Humberto Cantú (2017).

debe tenerse en cuenta la existencia de una creciente asimetría de poder que sitúa a las transnacionales en una posición de ventaja y dominación clara frente a las personas e incluso frente a los estados. En este sentido, es evidente que los derechos fundamentales pueden ser conculcados tanto por los poderes públicos como por los privados y su protección debe realizarse de manera efectiva respecto de ambo; se trata de reconocer una suerte de *Drittwirkung* internacional (Noguera, 2014), demarcada en numerosas resoluciones e informes de órganos de tratados y del CDH²⁷.

Por añadidura, es innegable que existen experiencias relevantes de instrumentos internacionales que vinculan a las empresas de manera directa, entre las que se destacan las siguientes:

- El Tratado Internacional de Responsabilidad Civil por daños derivados de la contaminación por petróleo de 1969 obliga a los dueños de los barcos a responsabilizarse de los daños (artículo 3.1).
- El Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982 prohíbe no solo a los estados, sino también a las empresas, la apropiación de recursos marinos.
- En el Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco está la obligación de diligencia debida para todos los participantes de la cadena de suministro de este producto, incluyendo controles y sanciones por las autoridades competentes a escala estatal.
- Con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño²⁸ ha señalado que “las obligaciones y las responsabilidades de respetar los derechos del niño se extienden en la práctica más allá de los servicios e instituciones del Estado y controlados por el Estado, y se aplican a los actores privados y a las empresas. Por lo tanto, todas las compañías deben cumplir sus responsabilidades en relación con los derechos del niño y los estados deben velar por que lo hagan. Además, las empresas no deben mermar la capacidad de los estados para cumplir sus obligaciones hacia los niños, de conformidad con la convención y sus protocolos facultativos.
- El Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna (OMS/Unicef, 1981).

27 Para un recorrido por estas resoluciones se remite a Guamán y González (2017) y a Özden (2017).

28 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/16, Observación general N.º 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, par. 8.

- El Protocolo de Basilea sobre la responsabilidad e indemnizaciones en caso de daños resultantes de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos de 1999 y la Convención de Bamako, sobre la prohibición de la importación y la fiscalización del traslado transfronterizo y manejo de desechos peligrosos dentro de África, adoptada en enero de 1991 y puesta en vigor en 1998.
- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, reunida en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Como señala Melik Özden (2017), integra en su artículo 26 la obligación de los estados de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos tipificados en la propia Convención (Özden, 2017).
- La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, cuyo artículo 10 determina que la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
- El Protocolo facultativo, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Sobre la cuestión de la extraterritorialidad, huelga decir que a lo largo de las dos décadas precedentes, un número creciente de tribunales estatales se ha enfrentado a la necesidad de solventar demandas presentadas contra transnacionales por daños causados a las personas o al ambiente en otros países (Enneking, 2014). Con carácter reciente resulta especialmente interesante la sentencia de la England Court of Appel, del 13 de octubre de 2017 (caso Dominic Liswaniso y otros contra Vendata Resources y Konkola Copper Mines). En esta, el tribunal recuerda que el Reino Unido, al asumir el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, debe cumplir con el artículo 4 del Reglamento Bruselas I y la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE, que permiten la persecución de responsabilidad de manera extraterritorial, siempre y cuando esta se pueda imputar fehacientemente a la empresa matriz²⁹.

En el plano internacional, el apoyo a la aplicación de la extraterritorialidad se encuentra en textos fundamentales, como los “Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales”. Además, diversas resoluciones de órganos de tratados han señalado que los estados parte también deben tomar medidas para impedir que empresas

29 Sentencia del 1.º de marzo de 2005 del TJUE (asunto 281/02).

vinculadas a su territorio o en su jurisdicción vulneren los derechos humanos en el extranjero, sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los estados de acogida en virtud del Pacto³⁰. Por añadidura, son abundantes las resoluciones de órganos jurisdiccionales que reconocen la existencia de las obligaciones extraterritoriales³¹. Entre muchas otras, y con carácter reciente, la Opinión Consultiva OC-23/17, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia. En concreto, la Corte ha señalado que “los estados deben garantizar el acceso a la justicia a las personas afectadas por daños transfronterizos originados en su territorio, sin discriminación en razón de la nacionalidad, la residencia o el lugar en que haya ocurrido el daño”.

Queda claro, por tanto, que en el plano doctrinal y en el jurisprudencial ya se han superado los principales escollos que se han elevado frente a la posibilidad jurídica del IJV. El resto, evidentemente, radica en la esfera de la voluntad política y muy en particular en la postura de la Unión Europea, que se ha convertido en la principal detractora del proceso, a pesar de que el Parlamento Europeo lo ha apoyado en más de nueve resoluciones e informes (Guamán & González, 2017).

La oposición de la UE, y de Estados Unidos y sus estados aliados, evidencia la enorme dificultad política que afronta el proceso hacia el IJV, abanderado por diversos estados del sur global y, sobre todo, por una convergencia de luchas y resistencias, por la voz de las víctimas. A lo largo de los años recorridos puede observarse el nacimiento del futuro tratado como una suerte de proceso constituyente en el que se está conformando un *demos* empoderado que pasa de objeto de protección a sujeto participante y que exige que el resultado sea una respuesta a las aspiraciones de reparación y al dolor del conjunto de organizaciones, comunidades, personas afectadas y académicos que llevan años apostando por un tratado vinculante. Así, se ha llegado a un momento en el que el proceso que ha desbordado al procedimiento, el sujeto protegido por la norma se ha empoderado convirtiéndose en protagonista de la propia redacción y esto, en sí, ya es un triunfo. El resto, hay que seguir trabajándolo.

30 Ver *mutatis mutandis* sobre los derechos sociales: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2011/1, Declaración sobre las obligaciones de los estados parte en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales, par. 5; y del mismo Comité, E/C.12/GC/24, General Comment N.º 24 (2017): on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities.

31 Sobre este tema, ver Carrillo (2017).

4. BIBLIOGRAFÍA

- Barañano, M. 2009 “Contexto, concepto y dilemas de la responsabilidad social de las empresas transnacionales europeas: una aproximación sociológica”, Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 27, N.º 1.
- Baylos, A. 2005 “Códigos de conducta y acuerdos marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”, en Lan Harremanak, N.º 12.
- Bonet, J. 2008 “Los actores privados de carácter económico y su incidencia en la formación y aplicación del DIP: especial referencia a las empresas transnacionales”, en Abellán, V. y Bonet, J. (directores) 2008 *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público* (Barcelona: Box Internacional).
- Bohoslavsky, J. P. 2010 *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)* (Santiago: Cepal).
- Business Human Rights Resource Centre 2017 *Modern slavery in company operations and supply chains: mandatory transparency, mandatory due diligence, and public procurement due diligence*, publicado por ETUC en 2017.
- Cantú, H. 2017 “Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos”, en Cantú Humberto 2017 (coord.) *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina* (Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- Carrillo, N. 2017 “La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano”, en Cantú Humberto 2017 (coord.) *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina* (Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- Clean Clothes Campaign 2008 “Who pays for our clothing from Lidl and KiK? A study into the impact of buying practices of the discounters Lidl and KiK in Bangladesh and the precarization of working conditions in German retailing. Disponible en <https://cleanclothes.org/resources/national-cccs/lidl-kik-eng.pdf/view>.
- Correa, C. 2016 “Scope of the Proposed International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights”, Policy Brief, *South Center*, N.o 28, September.
- CSA 2017 *Cadenas globales de producción y acción sindical*. Cartilla formativa.

- Enneking, L. 2014 “The future of foreign direct liability? Exploring the international relevance of the Dutch Shell Nigeria Case” *Utrecht Law Review*, 10(1).
- Esteve, J. E. 2016 “La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y del medioambiente: lecciones del caso Bhopal”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), N° 32.
- Esteve, J. E. 2011 “Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, N.º 27.
- Eurofound 2016 *Exploring the fraudulent contracting of work in the European Union* (Luxembourg: Publications Office of the European Union).
- Gómez, F. 2006 “Empresas transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes”, en Lan Harremanak Especial/Ale Berezia (55-94).
- Guamán, A. 2015 *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia* (Madrid: Akal).
- Guamán, A. y Noguera, A. 2015 *Derechos sociales y austeridad, la UE contra el constitucionalismo social* (Albacete: Bomarzo).
- Guamán, A. y Conesa, J. 2016 *El CETA al descubierto: las consecuencias del Tratado entre la UE y Canadá sobre los derechos sociales* (Albacete: Bomarzo).
- Guamán, A. y Jiménez, P. 2016 *Los acuerdos comerciales como estrategia de dominación del capital. Las amenazas del CETA y del TTIP* (Barcelona: Pol-len).
- Guamán, A. y González, G. 2017 *El fin de la impunidad* (Barcelona: Icaria).
- Hernández Zubizarreta, J. 2009 *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa* (Vitoria: Egoa).
- Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P. 2016 *Contra la Lex mercatoria* (Barcelona: Icaria).
- Hannoun, C. 2017 “Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d’ordre après la loi du 27 mars 2017”, *Droit Social*, N.º 10.
- López, C. 2017 “El camino hacia un instrumento jurídicamente vinculante en el área de empresas y derechos humanos: ¿de la responsabilidad social de la empresa a la responsabilidad legal de la empresa por vulneraciones a los derechos humanos?”, en

- Cantú Humberto 2017 (coord.) *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina* (Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- Lyon-Caen, A. y Sachs, T. 2016 “The responsibility of multinational enterprise. A constitutionalization process”, en Robé, J.-P., Lyon-Caen, Antoine, Vernac, Stephan (dir.), *Multinationals and the constitutionalisation of the world power system* (Routledge).
- Maira, M. 2014 “Los acuerdos marco internacionales: sentando las bases de la negociación colectiva de ámbito supranacional, Lan Harremanak/30 (2014-I).
- Monereo, J. L. y Perán, S. (dirs.) 2016 *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica* (Granda: Comares).
- OIT 2017 *Global stimates for modern slavery, forced labour and forced marriage*, septiembre de 2017, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf.
- OIT 2017 *Manual sindical sobre las zonas francas de exportación*, Oficina de Actividades para los Trabajadores, Ginebra, 2014. Con carácter más reciente, ver OIT, *Zonas francas de exportación en Centroamérica, Panamá y República Dominicana. Retos para el trabajo decente*. Ginebra.
- OIT 2013 *Economía informal y trabajo decente*. Forlac http://www.oitinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/wcms_220323.pdf.
- Özden, M. 2017 *Impunidad de empresas transnacionales* (Ginebra: Cetim).
- Prieto, J. y Espinoza, G. 2017 “A binding treaty on corporate responsibility: a global solution to address the problem of corporate impunity. Lessons learned from Aguinda vs. Chevron”, en *HOMA Publica: International Journal on Human Rights and Business*, N.º 2.
- Rodotà, S. 2010 “Códigos de conducta: entre *hard* y *soft law*”, en Real Pérez, A. (coord.) 2010 *Códigos de conducta y actividad económica* (Madrid: Marcial Pons).
- Sachs, T. 2017 “La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d’ordre: les ingrédients d’une corégulation”, *Revue de Droit du Travail*, N.º 6.
- UNCTAD 2016 *Informe sobre las inversiones en el mundo 2016. Nacionalidad de los inversores: retos para la formulación de políticas*
- UNCTAD 2013 *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2013: Las cadenas de valor mundiales, la inversión y el comercio para el desarrollo*

ESTRUCTURAS JURÍDICAS DEL DESPOJO: UN CASO DE REFORMA ESTRUCTURAL EN MÉXICO

Aleida Hernández Cervantes*

1. INTRODUCCIÓN

La antigua configuración del Derecho producido en sede nacional ya no le es suficiente a esta etapa del capitalismo. Los procesos económicos globales están exigiendo una ingeniería pesada de articulaciones políticas y jurídicas que aseguren y le den certidumbre a los intereses que representa. No le es suficiente porque ese derecho al formar parte de la racionalidad estatal moderna, opera precisamente desde la lógica y espacialidad del Estado-nación, una lógica y una espacialidad que hoy se ven rebasadas por el rol protagónico que están asumiendo otros actores económicos a nivel global. El Estado ya no es el único centro de articulación política de la vida económica y social de las personas. Es estratégico, sí, pero no es el único ni el que logra definir de forma independiente sus destinos.

Organismos internacionales económicos financieros y comerciales, junto con empresas transnacionales y el grupo de países más desarrollados del mundo, son los que cohesionan y dan dirección a las políticas neoliberales a nivel global. En ese sentido, organismos como

* Investigadora de tiempo completo del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades (CEIICH) de la UNAM. Coordina el proyecto de investigación “Estructuras jurídicas del despojo y luchas sociales” PAPIIT IN301618. Este artículo forma parte de los trabajos que se están desarrollando en dicho proyecto. Correo electrónico: aleidahc@unam.mx

el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, empresas transnacionales, se convierten en fuentes de producción normativa que estructuran jurídicamente los intereses de la globalización hegemónica. Son los nuevos legisladores globales, edificadores de la arquitectura jurídica que requiere dicha globalización para concretarse. El objetivo consiste en crear una institucionalidad y entramado jurídico que respalde y dé certeza a todos sus intereses, procesos, actividades y resultados. A medida que estos organismos le otorgan un papel central al derecho en el aseguramiento de sus actividades, concentran esfuerzos en la construcción de una legalidad transnacional, con todo lo que ello implica: sedes propias de producción jurídica, instancias para dirimir controversias jurídicas, coordinación jurídica –muchas veces intuitiva-, procedimientos para la observancia y aplicación de este tipo de normatividad, así como formas y contenidos jurídicos de distinta índole. Es por ello que este nuevo entramado jurídico opera en forma de una compleja red integrada por Centros de Producción Jurídica Transnacional, por cuyas correas de transmisión se hacen avanzar códigos de conducta, protocolos de acuerdos comerciales, normas técnicas y operativas, lineamientos y directrices, informes y documentos técnicos de alto nivel que muchas veces se convertirán en la copia fiel del contenido legislativo de un país en alguna de sus áreas económicas estratégicas.

Con esas preocupaciones, en este artículo nos proponemos esbozar o dar un avance del contexto actual del derecho: la nueva configuración jurídica que está gestándose. En muchos de los casos, como veremos, el resultado puede arrojar nuevas formas jurídicas de la desposesión. A ellas las llamo “estructuras jurídicas del despojo” (EJD). Revisaremos esas EJD a la luz de una reforma estructural concretada en México, la reforma energética de 2013.

1. CONTEXTO ACTUAL DEL DERECHO: DEL MONOPOLIO JURÍDICO ESTATAL A LA PRODUCCIÓN JURÍDICA TRANSNACIONAL

Un ambiente de un poco de desconcierto priva en los estudios jurídicos en la actualidad. La intensidad y extensión de los procesos de globalización económica han visibilizado una serie de cambios profundos en los sistemas jurídicos nacionales y la concepción que existe a su alrededor, que aún no alcanzamos a dar cuenta de ello plenamente. Por un lado, la perspectiva tradicional del derecho se debate en el análisis de la pérdida de soberanía del Estado, las necesidades de adecuar las legislaciones nacionales a las exigencias de las políticas económicas globales, así como los conflictos normativos que se generan entre el considerado orden jurídico nacional y el orden jurídico

internacional. Desde otras comprensiones críticas del derecho, se logra sí explicar profundamente el contexto de los cambios, la globalización como fase actual del capitalismo, las transformaciones cualitativas del Estado-nación y muchas de sus implicaciones. Sin embargo, ninguna de las perspectivas logra aún sistematizar minuciosamente los cambios internos de los sistemas jurídicos nacionales en este contexto. Empezando por la reformulación de la concepción jurídica, pasando por un pluralismo jurídico que tendría que incorporar sistemáticamente el derecho producido no sólo en sedes subnacionales sino transnacionales.

En ese sentido, uno de los presupuestos de la teoría jurídica liberal descansó en considerar al Estado como el productor exclusivo del derecho. En esa tradición teórica la identificación del derecho con el derecho estatal tiene su origen en la configuración misma del Estado moderno¹. Teorías jurídicas liberales como las de John Austin, Jeremy Bentham, Hans Kelsen y H.L.A. Hart fueron elaboradas a partir de varios presupuestos: 1) el Estado-nación soberano, 2) el Estado como productor único del derecho, 3) centralidad del poder legislativo en la creación del ordenamiento jurídico nacional y 4) el orden jurídico generado, fundamentalmente desde el espacio-territorio estatal-nacional.

Varios de esos presupuestos fueron duramente objetados por perspectivas críticas del derecho² señalando que en realidad constituían pilares de una *mitología jurídica* (Grossi, 2003) elaborada desde Occidente cuya dirección llevaba a invisibilizar e invalidar todas las otras expresiones de lo jurídico. Así se conformaría la medida de todo lo considerado derecho: el derecho estatal. Normatividades u ordenamientos jurídicos de confección no estatal se reducían a ser considerados proto-derecho, usos y costumbres o regulaciones sin fuerza coactiva.

Sostengo que cada vez avanza más una *forma de producción jurídica transnacional* debido a los intensos y críticos procesos de globalización neoliberal, a un grado en el que se empieza a sustituir la forma hegemónica de producción jurídica anterior: la de sede exclusivamente nacional.

Pero cualquier configuración social y jurídica con visos de novedad se gesta en el seno de un complejo entramado de procesos anteriores y no surge espontáneamente o se establece a partir de una

1 Véase al respecto la vasta literatura que va desde Montesquieu, Hobbes, Max Weber hasta Hans Kelsen, entre otros clásicos de esta concepción del Derecho.

2 Desde el pluralismo jurídico como corriente teórica hasta el movimiento de los *Critical Legal Studies*.

fecha determinada. Esta prevención nos sirve para explicar que el derecho que procede del Estado (de aquí en adelante derecho estatal) aunque pretendió ser de manufactura exclusivamente nacional muchas veces tuvo que considerar suministros y/o presiones de poder extra/supra-estatales, pero siempre en el marco del principio de excepcionalidad o con el objetivo de armonizarse con la tendencia evolutiva de los sistemas jurídicos nacionales. Esto expresa que la forma de producción jurídica transnacional que actualmente prevalece y de la cual hemos pretendido dar cuenta sobre su carácter y operación en varios trabajos y otros en curso³, tuvo su génesis en la propia configuración jurídica anterior. Pero es la consolidación de expresiones jurídicas primigenias en características constitutivas, la que nos permite afirmar que ya estamos en presencia de una nueva configuración jurídica.

A cada orden geopolítico siempre ha correspondido un específico orden geojurídico. En ese sentido, el orden geopolítico centrado en la configuración de los Estados-nación y sus relaciones inter-estatales, con la presencia de organismos internacionales integrados por la representación de esos Estados ha sido conocido como orden westfaliano por la alusión a los Tratados de Paz de Westfalia de 1648 en el que por primera vez se hace explícito el principio de soberanía política y territorial de los Estados-nación y el compromiso de respeto recíproco. Este orden estatal westfaliano hegemónico, tuvo su correlato geojurídico: un derecho fundamentalmente producido por el Estado en sede nacional y, que, por su carácter hegemónico se adjudicaba el reconocimiento o no de otros sistemas jurídicos como los de los pueblos indígenas o el del orden jurídico internacional.

Ese orden político y jurídico westfaliano está en crisis debido a la conformación de un nuevo orden global-neoliberal, que integra la presencia e influencia relevantes de organismos financieros, económicos, comerciales, junto a los Estados-nación –siempre con participaciones asimétricas según su poder político, militar y económico-, sumando también a las empresas transnacionales y las asociaciones privadas mundiales. Esa nueva configuración global, Saskia Sassen la inscribe en la formación de un nuevo orden privado institucional vinculado con la economía global, cuyas características consisten en su capacidad para privatizar lo que antes era público y desnacionalizar lo que antes fueron instituciones, políticas y programas de interés público (2010a). Se trata, nos dice la autora, de un campo de poder amplio,

3 Esta forma de producción jurídica transnacional está más desarrollada en Aleida Hernández, (2014); y Aleida Hernández y Mylai Burgos, *en prensa*.

que rebasa al Estado-nación pero que lo reubica como un sujeto estratégico que materializa las dinámicas del *capital global* y los *mercados de capitales*. El Estado ha tenido una participación “ininterrumpida”, ya sea voluntaria o forzada en los procesos de globalización y ha participado de adaptar la sede nacional (2010 b).

Lo que sí fue cierto es que, aunque el Estado nunca fue el único que producía derecho, su propia organicidad formal se sustentó en gran medida, en el corpus jurídico conformado por la legislación que producía. Se trataba de un derecho generado fundamentalmente en sede nacional y por los actores nacionales. El derecho producido más allá de las fronteras del Estado era concebido como parte integrante del derecho internacional, y emanaba del orden interestatal de posguerra. No obstante era producido en el marco de organizaciones internacionales integradas por la representación formal de cada Estado parte, y pasaba por una serie de procedimientos formales de reconocimiento al interior del Estado para considerarse derecho válido. Pero incluso su fuerza vinculante le vendría dada de su completa incorporación a la legislación nacional, de otra manera, solo sería derecho validado por el Estado pero sin efectividad, es decir, sin un cumplimiento totalmente efectivo.

El Estado en aquella división clásica de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial –ahora cada vez más rebasada por la existencia de otros poderes formales y de facto-, producía el núcleo duro de su derecho desde el poder legislativo⁴. La figura del legislador se convirtió en omnipotente, en el que recaía la centralidad de crear contenidos jurídicos que regulaban desde la vida civil y familiar, los delitos y todo el ámbito de lo penal; los temas fiscales como la recaudación de impuestos; los de la organización administrativa del aparato gubernamental, así como la estructura y competencia de los tribunales; los sociales como la salud, la educación, el trabajo, la vivienda, las pensiones; pasando por los asuntos de naturaleza político-electoral, la economía nacional y los recursos naturales, entre muchos otros.

Dicha pretensión de regulación social exclusiva y totalizadora, se nutrió del ejercicio de la soberanía estatal. Soberanía plena entendida en términos de “la capacidad estatal de decidir con autonomía, en el interior y hacia el exterior; sin condicionamientos establecidos por otros Estados o entidades” (Osorio, 2005: 145), cuyas razones de existencia tienden a “cumplir con las tareas del poder político en territorios delimitados” (Osorio, Ídem).

4 Esta afirmación está matizada al referirnos al “núcleo duro” del derecho, pues no ignoramos las perspectivas iusrealistas que plantean que son los jueces los que crean derecho.

Esa capacidad estatal de decidir con autonomía tanto al interior como frente al exterior en su territorio, ha sufrido modificaciones cualitativas en las últimas tres décadas, observando importantes variaciones en cada uno de los Estados concretos. Esos cambios se han observado con mayor énfasis a partir de la existencia de una multiplicidad de procesos económicos que están interconectados y muchos de ellos están expresados en diferentes escalas: global, nacional, subnacional, local (Sassen, 2007). Desde las perspectivas más críticas a esta etapa del capitalismo se le conoce como globalización neoliberal.

Lo anterior nos remite a pasar análisis al papel que ha tenido el Estado en la globalización, de ahí que no nos decantemos de inicio por asumir la posición simplificadora de que éste se ha visto afectado *externamente* por estos procesos económicos sin que se logre detectar minuciosamente cuál ha sido su participación ya sea pasiva o activamente, en la propia disminución de su capacidad de decisión en los asuntos internos o de cara al exterior⁵. Y cuando nos referimos a la capacidad estatal de decisión, para efectos de este trabajo nos concentramos en su capacidad específica de regulación jurídica, es decir, en la disminución de la capacidad de producir autónomamente el contenido de sus normas, como ha sido el caso de México con las reformas estructurales, lo cual abordaremos más adelante.

2. ESTRUCTURAS JURÍDICAS DEL DESPOJO (O CORPUS JURÍDICO QUE DESPOJA)

Mencionábamos que a cada etapa histórica de la configuración política del Estado ha correspondido un tipo de derecho. A cada orden geopolítico corresponde un orden geojurídico. El Estado liberal produjo de manera considerable la parte medular de los derechos humanos en su primaria acepción individualista; por su parte, el Estado del Bienestar

5 Adoptamos la posición que sobre este tema tiene Saskia Sassen en su trabajo *Autoridad, territorio y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*: “Cuando se trata del debate sobre los efectos de la globalización en el Estado, me apoyo en los trabajos teóricos que documentan la importancia ininterrumpida de la participación estatal, ya sea ésta voluntaria o forzada. De hecho, el Estado posibilita la formación de los mercados globales y de un espacio para las operaciones de las empresas globales, además de participar en ambos procesos «...» En las publicaciones que documentan la evolución del Estado en dichos procesos y su adaptación a las nuevas condiciones de posibilidad e imposibilidad” (2010:287-288). Esta idea está en contraste, como la propia autora señala, con “la concepción más corriente de la globalización como una fuerza externa que obliga al Estado a adaptarse a una serie de factores exógenos” (2010: 288). Compartimos esta posición sobre todo para dejar de ver a los Estados-nación solo como víctimas de la globalización a las que todo les sucede, lo que no permite ver con asertividad la participación estatal activa en la materialización de la misma.

o Social generó el contenido de los derechos sociales, de ahí que considere que estamos en presencia de un Estado neoliberal que contribuye a producir y concretar el corpus jurídico del despojo. Esto se corresponde con la explicación que David Harvey (2014) desarrolla en torno a que la etapa del capitalismo en la que nos encontramos obedece a una acumulación por desposesión. Siguiendo a Claudia Composto al explicar este punto podemos decir que: “los procesos de desposesión son constitutivos e intrínsecos a la lógica de la acumulación del capital o, en otras palabras, representan la contracara necesaria de la reproducción ampliada. Si ésta última se presenta como un proceso principalmente económico –de producción de plusvalía-, que cobra preeminencia durante los períodos de estabilidad y crecimiento sostenido, el despojo se expresa generalmente en procesos extraeconómicos de tipo predatorio y toma las riendas en momentos de crisis, a modo de «solución espacio-temporal» o «huida hacia adelante»”(2012: 326). Esto significa que la producción de excedentes puja sobre las fronteras –internas y externas del sistema, para la incorporación permanente de nuevos territorios, ámbitos, relaciones sociales y/o mercados futuros que permitan su realización rentable. En este sentido, ambas lógicas se encuentran “orgánicamente entrelazadas”, esto es, se retroalimentan mutuamente, como parte de un proceso dual y cíclico que es indisoluble (Harvey, 2004).

En esa lógica, el corpus jurídico del despojo sería aquél que, producido las más de las veces en sedes transnacionales de poder económico global y recepcionado sin cuestionamiento por el Estado, tiene como fin volver todo disponible al mercado. Convierte todo en objeto de transacción mercantil, vuelve disponible al mercado todo lo valioso de la vida –al contrario de los bienes indisponibles para el mercado de los que nos hablaba Karl Polanyi o en otra formulación teórica Luigi Ferrajoli. Su principio, es el principio del mercado.

Partimos de considerar que las formas jurídicas de concreción del despojo han sido claves en todo este proceso de desposesión, las cuales han ayudado a encubrir su ilegitimidad: han convertido lo *ilegítimo en legal*. Denominamos, en ese sentido, *estructuras jurídicas del despojo* (EJD) a las normatividades que operan como mediaciones institucionales para la desposesión; algunas de ellas son formas nuevas y sofisticadas que legalizan el despojo y se producen tanto en sedes transnacionales de poder económico global como en sedes nacionales a través de la *forma de producción jurídica transnacional*.

Una EJD puede presentarse en forma de legislación nacional, pero también como *soft law* procedente de organismos económicos internacionales, y tienen la fuerza política y económica para hacer prevalecer intereses exclusivamente económicos por encima de los derechos fundamentales, tal como se pretende demostrar en este trabajo.

En ese sentido, consideramos que en el campo del derecho aún no han sido estudiadas sistemáticamente las EJD, más bien el análisis jurídico se ha concentrado en la parte específica de cada una de las legislaciones modificadas que afectan los derechos, sin que contemos aún con un estudio que logre un análisis de conjunto, que integre y sistematice los elementos de la tendencia jurídica del despojo tanto producidas en centros transnacionales de poder económico como por los Estados nacionales (e incluso articulados entre sí). A estas EJD podemos encontrarlas tanto en el *nuevo orden jurídico feudal* (Hernández Zubizarreta, 2016a) constituido por tratados y acuerdos de comercio e inversiones, así como en una reforma constitucional o legal como la reforma energética mexicana de 2013 como veremos más adelante.

3. LA PRODUCCIÓN JURÍDICA TRANSNACIONAL Y LAS REFORMAS ESTRUCTURALES EN MÉXICO: NUEVAS FORMAS JURÍDICAS QUE EMANAN DE LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

A la nueva configuración jurídica la denomino *forma de producción jurídica transnacional*, pues es la que expresa con mayor nitidez los cambios en el derecho actual. Se trata de un corpus jurídico generado por el cruce de varias sedes de producción normativa (*colaboración en red*) no radicadas exclusivamente en el Estado, pero que es susceptible de formalización por parte del derecho estatal.

Esa forma de producción jurídica transnacional la explico en varios ejes: 1) productores jurídicos, 2) niveles y relaciones de producción jurídica, 3) estrategias y técnicas jurídicas de la producción, 4) tipología de la normatividad producida. La explicación minuciosa de cada uno de ellos rebasa los propósitos de este artículo, pero haremos una breve síntesis.

1) *Los productores jurídicos* se definen por la capacidad de regulación y/o autorregulación que tienen. Por lo general, los nuevos productores jurídicos son aquéllos que tienen la capacidad de convertir su poder económico en poder político y poder de regulación, tanto de sus áreas de competencia como de otras afines. El Estado fue considerado el productor jurídico por antonomasia, sin embargo, actualmente es un productor estratégico pero no el único. Entre los nuevos productores jurídicos se encuentran organismos económicos, financieros, comerciales; empresas transnacionales y asociaciones privadas internacionales, cuyas directrices contenidas en informes, en normas operativas, tratados internacionales, códigos de conducta empresarial, códigos comerciales modelo, entre otras normatividades emergentes, interactúan, se interrelacionan, colisionan o se reciben por y con el derecho estatal.

2) *Los niveles y relaciones de producción jurídica*; apuntan a explicar el carácter multiescalar de esta producción jurídica, su operación en redes; y las dinámicas de interrelación entre las normatividades. El carácter multiescalar del derecho⁶ explica los distintos niveles en los que se gesta, transita y concreta su trayecto la producción jurídica actualmente: puede originarse en un centro de producción de escala transnacional, transitar y concretarse en uno de escala nacional o subnacional y/o viceversa. En cuanto a las relaciones que se dan entre los centros de producción jurídica y sus normatividades, podemos ubicar al menos cuatro: i) de recepción, ii) de tensión y iii) coordinación y/o iv) mixtos.

3) Con relación a las técnicas y estrategias jurídicas de la producción, encontramos al menos tres: a) desregulación jurídica; b) privatización de lo público, c) autorregulación. Por lo que se refiere a la desregulación jurídica, ésta se localiza y profundiza más en el derecho estatal: se trata de técnicas de elaboración de los contenidos jurídicos que tienden a restarle fuerza normativa a la intervención, regulación, supervisión y sanción por parte del Estado a los particulares, a los entes privados. Con ésta técnica se logra hacer delgada la ley del Estado, frágil por cuanto hace a las obligaciones, restricciones, prohibiciones y sanciones a los privados. Por lo que hace a la técnica de privatización de lo público, muchas veces está unida a la anterior técnica mencionada, pero no necesariamente. La privatización de lo público, genera normas desde el Estado que traslada funciones y servicios que antes le eran exclusivas. Esto lo concreta a través del uso y ampliación de figuras jurídicas como la concesión, los contratos, la subcontratación de servicios, permisos, licitaciones, entre otros. Por otro lado, la técnica de la autorregulación, consiste en la propia regulación que se dan para sí los entes privados, y allí podemos encontrar por ejemplo, toda la normatividad relativa a los códigos de conducta empresarial, a las normas ISO (producidas a nivel mundial por una organización privada internacional de estandarización de normas para ciertos sectores como la salud, la seguridad, la comida, el cambio climático, y otros); o las leyes modelo de comercio producidos por ejemplo por la Cámara Internacional de Comercio, o las normas operativas en materia de derechos humanos y medio ambiente producidas por los bancos de desarrollo y/o que otorgan créditos para proyectos, como el Banco Mundial.

6 Una mirada profunda a la espacialidad e interescalaridad del derecho, se puede encontrar en el artículo de Yacotzin Bravo "El derecho como proceso socio-histórico y como campo en disputa en la transición al capitalismo transnacional: entre legalidades e ilegalidades", *en este libro*.

4) Tipología de la normatividad producida. Desde este eje se intenta ubicar los distintos tipos de normas que integran la producción jurídica transnacional. Partimos de dos grandes categorías: i) normas *hard law* (derecho fuerte); y ii) normas *soft law*⁷ (derecho suave) (Sarmiento, 2008). Dentro de las normas *hard law*, se encuentra el derecho estatal; dentro del derecho estatal se ubican: normas públicas privatizadas, normas públicas desreguladas. Dentro de las normas *soft law*, encontramos, *soft law* público y *soft law* privado: i) normas técnicas, ii) normas operacionales, iii) códigos de conducta, iv) tratados y convenios internacionales en diversas materias.

4. LA PRODUCCIÓN JURÍDICA TRANSNACIONAL Y LAS REFORMAS ESTRUCTURALES EN MÉXICO: UN CASO DE ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DESPOJO

Las reformas estructurales que se han venido concretando en México desde los años noventa, permiten graficar y explicar muchos elementos de la forma de producción jurídica transnacional. El espíritu que han tenido dichas reformas obedecen a los primeros mandatos que a nivel internacional formuló el proyecto global neoliberal. Uno de ellos fue el Consenso de Washington que tenía como lineamientos fundamentales, entre otros, la liberalización del comercio, la desregulación de la economía y la privatización de las empresas estatales, dirigidos a los países en desarrollo en un primer momento. La reforma energética nos servirá para dicha ejemplificación.

4.1.- REFORMA ENERGÉTICA MEXICANA

La reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política Mexicana en materia energética, se concretó con la publicación en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013. Como lo señala Jaime Cárdenas, experto en la materia, dicha reforma “tanto por lo que ve a los hidrocarburos como a la energía eléctrica, va encaminada a garantizar no sólo las inversiones y negocios de los particulares sino principalmente la seguridad energética de los Estados Unidos en México” (2015: 304⁸).

7 En el texto de Daniel Sarmiento (2008), se pueden encontrar las distintas variedades de *soft law* existentes y sus características.

8 Retomo dos documentos del artículo referido en la nota anterior para indicar las influencias que tienen otros espacios de poder externos al Estado mexicano en la construcción de los contenidos normativos, en este caso en la reforma energética: 1) “Written Testimony of Special Envoy and Coordinator for International Energy Affairs Carlos Pascual U.S”, presentado por Carlos Pascual, ex embajador de los EUA en México, al Departamento de Estado; y 2) “Oil, México and The Transboundary Agreement” del Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos,

Si aplicamos la forma de producción jurídica transnacional que hemos explicado anteriormente al caso de la reforma energética, podemos encontrar lo siguiente:

1) En términos de los *nuevos productores jurídicos*, se localizan todos aquellos organismos internacionales económicos, empresas transnacionales y/o asociaciones privadas internacionales que incidieron en la formulación de los contenidos jurídicos concretados en la reforma tanto a la Constitución Política Mexicana como en las leyes de hidrocarburos. Esos organismos internacionales económicos, al participar no sólo con su opinión sino con su capacidad de presión –por el poder económico y/o político-, se convierten en centros de producción jurídica transnacional, es decir, centros que van más allá del Estado pero que inciden en sus decisiones por su capacidad de normación. En el caso de la reforma energética destacan en calidad de Centro de Producción Jurídica Transnacional (CPJT) en función de los informes, documentos de trabajo, diagnósticos y cabildos constantes que incidieron en el contenido normativo, los siguientes: 1) empresas consultoras: Cambridge Energy Associates; McKinsey Booz Allen & Hamilton; fundaciones como Heritage; 2) empresas transnacionales como ExxonMobil, Chevron/Texaco; Conoco/Phillips, BP-Amoco, Shell; 3) organismos económicos como el Banco Mundial con sus “Cartas de Política por Rama”⁹; 4) cabildo¹⁰ petrolero, integrado por un abanico amplio de organismos y asociaciones nacionales y de otros países en materia petrolera como por ejemplo: la Asociación de Gasolina Natural de Norteamérica; la Asociación Independiente de Refinadores, la Asociación Nacional del Carbón, la Asociación Nacional de Manufactureros, la Asociación Nacional de Vendedores de Petróleo, entre otros¹¹.

presentado por el ex senador John Kerry el 21 de diciembre de 2012.

9 Todos estos actores económicos transnacionales están referidos en términos de su influencia en la articulación y diseño de la reforma energética mexicana por John Saxe-Fernández en dos de sus trabajos; (2002) y (2015, p. 25).

10 “Siempre ha existido un poderoso cabildero petrolero (*oil lobby*). Funciona desde los inicios de la moderna industria petrolera [...] Desde entonces, los intereses petroleros se dieron cuenta de que nunca deberían abandonar la vigilancia de las antenas legislativas si querían mantener sus defensas contra los impuestos y contra la imposibilidad públicamente definida” (Engler, 1966: 375), citado en (Saxe-Fernández y Delgado, 2008: 307).

11 Como lo señalan con estos datos Saxe-Fernandez y Delgado, se trata de un cabildo que como bloque “ha incluido antes que emergen, desaparecen y vuelven a la vida según convenga como la Asociación Occidental de Refinadores de Petróleo, la Asociación de Petróleo y Gas de North Dakota, la Asociación de Petróleo y Gas del Occidente de Texas Central, la Asociación Petrolera Cooperativa internacional, la Asociación Petrolera Independiente de los Estados Unidos, la Asociación Petrolera Nacional” (2008: 307). Entre otras que señalan en la nota 6 de su artículo.

2) Por lo que hace a *los niveles y relaciones de producción jurídica*, que explican el carácter multiescalar de esta producción jurídica, su operación en redes; la trayectoria y dinámicas de interrelación que se generan entre las normatividades que se producen, en el caso de la reforma energética en México se puede explicar de la siguiente forma: diferentes centros de producción jurídica transnacional participaron en su elaboración *ex ante* con informes, recomendaciones, diagnósticos sobre la situación del petróleo en México, tratados comerciales como el TLCAN, entre otros. El productor jurídico “Estado mexicano”, recibió estos planteamientos y los formalizó en el derecho estatal. Productores jurídicos transnacionales como los señalados en el numeral anterior incidieron en la elaboración de la reforma energética mexicana, en diferentes escalas de la producción y con diferentes grados de fuerza normativa en sus contenidos. Antes de la reforma había relaciones de tensión entre los centros y las normatividades, durante el momento de la reforma hubo relación de coordinación.

3) Con relación a las técnicas y estrategias jurídicas de la producción, en la reforma energética se utilizaron fundamentalmente, dos: a) desregulación jurídica y b) privatización de lo público. La técnica de desregulación jurídica que tiene como objetivo hacer delgadas las normas estatales frente a la regulación, supervisión y sanción a los entes privados, se hace presente en las facilidades y menores controles a las empresas nacionales y transnacionales en su participación en el sector energético en México. Pero la técnica que prevaleció en esta reforma es la de privatización de lo público, con la cual se permite a los privados participar en la explotación de un bien público como lo es el petróleo. Eso lo realiza a través de figuras jurídicas como los contratos de riesgo, de servicios, licitaciones, asignaciones, subcontratación de servicios, entre otras, que permiten construir el puente por el que transitan los entes privados en su acceso a la mercantilización de los bienes comunes (no solo los bienes públicos).¹² Así lo establece a partir de dicha reforma el artículo 27 constitucional:

12 Se pueden considerar bienes comunes, entre otros, el agua, los recursos naturales del subsuelo, la universidad, el patrimonio cultural. Resulta indispensable resaltar el potencial conceptual-jurídico que tienen los bienes comunes como categoría de tutela de lo público frente al poder privado y al mismo Estado, tal como lo señala Ugo Mattei en su interesante *Bienes comunes. Un Manifiesto*: “La conciencia de los bienes comunes y de su continua expropiación es el producto de durísimas batallas en su defensa que están teniendo lugar en todo el mundo (...) No es inusual, de hecho, que en el marco de la gran confusión de papeles y de planos que caracteriza la actual fase del antropoceno, los verdaderos enemigos de los bienes comunes sean los mismos Estados que deberían actuar como sus fieles guardianes y mayordomos. Son los propios gobiernos, en efecto, quienes formalmente emprenden la expropiación

“(…) Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante **asignaciones** a empresas productivas del Estado o a través de **contratos** con éstas o con **particulares**, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas **asignaciones** o **contratos** las empresas productivas del Estado podrán contratar con **particulares**”.

En cuanto a la legislación secundaria, en la ley de hidrocarburos se establecen los lineamientos para las contrataciones del Estado mexicano con los particulares en materia energética, por ejemplo, en el artículo 11 se señala lo siguiente: El Ejecutivo Federal, por conducto de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, observando los lineamientos que al efecto establezcan, en el ámbito de sus competencias, las Secretarías de Energía y de Hacienda y Crédito Público, podrá *celebrar Contratos* para la Exploración y Extracción.

Por su parte, en el artículo 18 se señalan los tipos de contratos que se podrán celebrar: “La Secretaría de Energía establecerá el modelo de contratación correspondiente para cada Área Contractual que se licite o se adjudique en términos de la presente Ley, para lo cual podrá elegir, entre otros, los *contratos de servicios, de utilidad o producción compartida, o de licencia*”.

En cuanto a la figura del arbitraje internacional como parte de la técnica de privatización de lo público, en la reforma energética se prevé que las empresas contratistas puedan dirimir sus controversias en los tribunales arbitrales internacionales con lo cual se acepta trasladar la jurisdicción del poder judicial mexicano a tribunales privados. En ese sentido, la justicia se privatiza y se da cuenta de lo que ha estado sucediendo “son las transnacionales las que demandan a los estados –nunca al revés- y eligen la jurisdicción, sin necesidad de agotar los recursos internos a nivel nacional; es más, pueden ser incluso una instancia de apelación a las sentencias de tribunales ordinarios y no cabe recurso al fallo arbitral” (Hernández Zubizarreta y Ramiro, 20015: 35)¹³”.

de bienes comunes a favor del interés privado multinacional”. Por eso, es importante tener en cuenta que, “Cuando el Estado privatiza ferrocarriles, una línea aérea o la sanidad; cuando intenta privatizar el servicio de agua potable o la universidad, está expropiando a la comunidad –a cada uno de sus miembros *pro quota*- de sus bienes comunes, de su propiedad común (...) Esto significa que cada vez que la autoridad política decide poner en marcha una política de privatización, el gobierno expropia a cada ciudadano –y no solo a los ciudadanos, como veremos- de su cuota-parte del bien común expropiado” (2013: 9, 12-13).

13 Sirvan también los siguientes ejemplos: “La multinacional estadounidense Philip

4) Los tipos de normas que integran la reforma energética se pueden ubicar en dos momentos: i) normas de participación *ex ante* y ii) normas de resultado final. En el primer momento, tenemos normas *soft law*, y en el segundo momento, del resultado final, están normas *hard law*, de derecho estatal. En éste último podemos ubicar sobre todo, normas públicas privatizadas. Llamamos normas públicas privatizadas a las normas estatales en las que se dispone la permisión y los procedimientos de participación de los entes privados, en áreas que antes se consideraban estratégicas y/o exclusivas del Estado. En ese sentido, en la reforma energética las podemos encontrar en la Constitución en los artículos 25 y 27. Un ejemplo en la Ley de Hidrocarburos, de este tipo de normas se ubica en la definición de contratista, en la que se incluye la participación de los particulares a través de la “persona moral: Contratista: Petróleos Mexicanos, cualquier otra empresa productiva del Estado o Persona Moral, que suscriba con la Comisión Nacional de Hidrocarburos un Contrato para la Exploración y Extracción, ya sea de manera individual o en consorcio o asociación en participación, en términos de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos” (artículo 4 fracción X).

Lo que es importante a resaltar en este tipo de normas públicas privatizadas, es la forma de participación de los privados en el espacio de lo público, su alcance y sus implicaciones, pues lo que antes se consideraba un terreno exclusivo de administración, gestión y protección del Estado, lo era por la finalidad de resguardar el interés público y general. El hecho de que ahora participen los privados en el espacio de lo público, plantea cuestiones de fondo en términos de las funciones del Estado y las concepciones tradicionales de la división entre el derecho público¹⁴ y el derecho privado¹⁵.

Morris ha denunciado a Uruguay y Australia por incluir mensajes de advertencia en las cajetillas de tabaco sobre sus impactos en la salud; la corporación energética suiza Vattenfall ha impulsado una demanda contra Alemania por haber decidido eliminar gradualmente la energía nuclear. No en vano, la creación de estos tribunales privados, que se sitúan por encima de los propios estados y permiten a las empresas transnacionales denunciarlos cuando sus negocios puedan verse afectados, supone un ataque frontal a la soberanía de las personas y los pueblos y les impide, en el marco de unas sociedades formalmente democráticas, ejercer el derecho a decidir sobre sus propios destinos”, (Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2015: 36).

14 Tradicionalmente se ha entendido por derecho público al conjunto de normas que regulan las relaciones entre los individuos-ciudadanos frente al Estado; y las relaciones entre los órganos del Estado. Opera el principio de subordinación y supraordenación.

15 Conjunto de normas que regulan las relaciones entre los particulares. Opera el principio de igualdad y horizontalidad entre las partes.

REFLEXIÓN FINAL

Hemos intentado dar cuenta de las características de una nueva configuración jurídica en el contexto actual de globalización económica y, en específico cómo se puede observar esa nueva configuración en un caso práctico como la reforma energética en México, una reforma estructural relevante en nuestro país por sus enormes implicaciones sociales, económicas y jurídicas. El objetivo ha sido pensar nuevas categorías que expliquen los cambios del derecho derivado de los procesos de globalización económica, mostrar que existen nuevos productores jurídicos que por su poder económico y político también participan de las elaboraciones jurídicas que requieren para operar, asegurar y materializar sus intereses; identificar que se han renovado las técnicas y estrategias de elaboración de lo jurídico, que existe una tipología emergente de normas jurídicas que emanan de nuevos centros de producción jurídica.

La idea ha sido solamente esbozar el amplio campo de teorización y análisis de las consecuencias sociales y jurídicas que tenemos en frente la comunidad de juristas, por lo que a los cambios en el derecho y el Estado se refiere. En ese sentido, es real que la batería de conceptos anteriores ya no nos son suficientes para entender el entramado complejo de relaciones sociales en el que estamos viviendo. Por eso una de las preguntas que quedan en el aire es ¿qué implicaciones tendrá en la calidad de los derechos de las personas y comunidades esta nueva configuración jurídica transnacional? Otro de los pendientes a desarrollar en el campo teórico jurídico está relacionado con la reflexión en torno a las espacialidades que construyen derecho y/o el derecho que construye nuevas espacialidades. Nos quedan muchas tareas por delante.

BIBLIOGRAFÍA

- Bravo Espinosa, Y. “El derecho como proceso socio-histórico y como campo en disputa en la transición al capitalismo transnacional: entre legalidades e ilegalidades”, *en este libro*.
- Cárdenas Gracia, J. 2015 “La reforma constitucional en materia energética”, en Jaime Cárdenas (coord.), *Reforma energética. Análisis y consecuencias* (México: UNAM-Tirant Lo Blanch).
- Cárdenas Gracia, J. 2014 *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013* (México: IIJ-UNAM).
- Composto, C. 2012 “Acumulación por despojo y neoextractivismo en América Latina. Una reflexión crítica acerca del Estado y los movimientos Socio-Ambientales en el Nuevo Siglo” en *Astrolabio Nueva Época*, Núm. 8.
- Grossi, P. 2003 *Mitología jurídica de la modernidad* (Madrid: Trotta).

- Harvey, D. 2005 “El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión”, en *Socialist register* (Buenos Aires: CLACSO).
- Hernández Cervantes, A. 2014 *La producción jurídica de la globalización. Notas de una pluralidad jurídica transnacional* (San Luis Potosí: CEIICH-UASLP).
- Hernández Cervantes, A. y Burgos Matamoros, M. (coords.) *La disputa por el derecho: La globalización hegemónica vs a la defensa de los pueblos y grupos sociales* (México: CEIICH, en proceso de dictaminación).
- Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P. 2015 *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales* (Barcelona: Icaria-Más Madera).
- Osorio, J. 2005 *El Estado en el centro de la mundialización. La sociedad civil y el asunto del poder* (México: FCE).
- Sarmiento, D. 2008 *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración* (Navarra: Aranzadi).
- Sassen, S. 2007 *Una sociología de la globalización* (Buenos Aires/ Madrid: Katz editores).
- Sassen, S. 2010a *Autoridad, territorio y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales* (Buenos Aires: Katz editores).
- Sassen, S. 2010b “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas” en Teubner, Gunther, Saskia Sassen y Stephen Krasner, *Estado, Soberanía y Globalización* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar).
- Saxe-Fernández, J. 2002 *La compra-venta de México* (México, Plaza & Janés).
- Saxe-Fernández, J. 2015 “Flexibilización constitucional y el reingreso a México de las petroleras” en Jaime Cárdenas (coord.) *Reforma energética. Análisis y consecuencias* (México: UNAM-Tirant Lo Blanch).
- Saxe-Fernández, J. y Delgado, G. C. 2008 “Engaños contables de los monopolios de la energía: costos, impactos y paradigmas del sector”, en John Saxe Fernández (coord.), *La energía en México. Situación y alternativas, colección El mundo actual* (México:, CEIICH-UNAM).

EL DERECHO COMO CAMPO EN DISPUTA DENTRO DE LA GEOGRAFÍA CAPITALISTA DEL DESPOJO Y LA EXPLOTACIÓN

Yacotzin Bravo Espinosa*

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL TRÁNSITO HISTÓRICO HACIA EL CAPITALISMO TRANSNACIONAL. Y EL DERECHO, ¿CÓMO Y DÓNDE QUEDA?

El éxito de la teoría jurídica moderna fue instaurar la concepción de que el derecho es independiente de las relaciones sociales, culturales, económicas y de poder. El positivismo y el liberalismo jurídico dotaron el derecho de neutralidad, completitud y universalidad. Por su parte, el iusnaturalismo racional trajo a escena al individuo y la recta razón que le dio fundamento al derecho como sistema de normas coherentes y universalmente válidas¹. Al positivismo jurídico se

* Maestra en Derecho de la UNAM, doctoranda en Ciencias Antropológicas en la UAM-Iztapalapa. Ha trabajado en diversos proyectos de investigación en México, en la UNAM, UABC, CIESAS-DF y en el Centre on Law and Social Transformation, University of Bergen. Miembro del Grupo de Trabajo Pensamiento Jurídico Crítico. Clacso. levantiscoez@gmail.com.

1 En la época del derecho natural metafísico, Dios era la fuente necesaria e ineludible de la ley. La legalidad provenía del ser divino y el derecho manifestaba los caracteres de Dios. La ley divina subordinaba al derecho natural y la ley positiva. En el siglo XVII, la noción de derecho seguía permeada por la religión, aunque en transición al racionalismo iusnaturalista. Este último concebía el derecho como producto de la naturaleza del ser humano y de la recta razón. La racionalidad del derecho fijó la creencia de que el derecho natural se encontraba en todas las civilizaciones

le debe la visión legalista y estatal del derecho: la potestad monopólica –total y absoluta– del uso de la fuerza y la creación de la ley atribuida como esencial del Estado moderno suprimió las pluralidades políticas y jurídicas al interior del Estado y las expulsó al ámbito extraestatal o internacional. Ley, violencia y poder quedaron sujetos a un solo ente, donde la ley se estableció como la forma omnipresente reguladora de todo lo demás. “La modernidad redujo el derecho a la ley que procede del Estado. Por lo que se niega, de principio, el pluralismo jurídico y la variedad de fuentes formales de derecho. Derecho es igual a ley del Estado, y ley del Estado es igual a derecho” (De la Torre, 2006: 82).

Por su parte, el liberalismo jurídico retomó al individuo, cuyos derechos se constituyeron como el fin y límite estatal. El individuo frente al Estado se convierte en un ciudadano con derechos universales que se ejercen en términos de igualdad. De tal modo que el Estado quedó obligado a respetar y garantizar los derechos del ciudadano y, en caso contrario, se formalizan procedimientos para reclamarlos. El derecho se convierte en la base para la resolución de conflictos frente al Estado y los ciudadanos. Es así como se constriñe y normativiza la relación entre ciudadano, poder, derecho y Estado.

Si bien el derecho moderno y sus presupuestos teóricos nacieron y se desarrollaron como parte del orden mundial capitalista consolidado en el marco de los estados nacionales –cuyas particularidades y complejidades no es posible abordar en este documento²–, estos han permeado poderosamente el imaginario de la práctica jurídica y social hasta hoy. Tanto es así que, incluso para los estudiosos del derecho, es difícil trascender la perspectiva estatista y legalista para comprender los procesos jurídicos que se están dando desde que el capitalismo del Estado moderno transitó hacia el capitalismo transnacional.

El Estado moderno ha dejado de ser la entidad de concentración y acumulación de poder y capital (Tilly, 1992: 100-108)³, de modo

o, por lo menos, en las más avanzadas, así que la universalidad se volvió un atributo del derecho (Fitzpatrick, 1998; De la Torre, 2006).

2 La relación entre capitalismo, Estado y derecho moderno se desarrolló en Bravo (2015) y Bravo (en prensa).

3 No se puede hablar de una formación estatal homogénea. Según C. Tilly, el Estado nación fue un mito perpetuado por los estados europeos. Mito que predominó después del siglo XVIII por su capacidad para concentrar y acumular poder y capital, lo que le permitió constituirse como modelo obligatorio. En el caso de América Latina, además, la conformación de los estados nacionales responde a historias en las cuales se intersectan otras relaciones de dominación y colonialidad.

que los procesos de expansión y acumulación capitalista ya no se dan desde las potencias económicas. A partir de 1980, el desarrollo de la tecnología de comunicaciones e información modificó la base material de gestión y control del capital mediante tres procesos. El primero fue el desarrollo de nuevos sistemas de organización y coordinación transnacional y global de la producción, el comercio, los servicios y el trabajo. El segundo, la diversificación, flexibilidad y movilidad geográfica de los mercados, la producción y los modelos de consumo. Y el tercero, la consolidación del capital financiero como poder coordinador y regulador de la economía a escala mundial. Estos procesos posibilitaron la búsqueda de ganancias desde la (des)localización y (des)reterritorialización en múltiples espacios transnacionales, nacionales, regionales y locales de manera simultánea. Así mismo, constituyeron una forma de sociabilidad capitalista que abarca formas de vida cotidianas, culturas, y todo aquello que puedan ser elementos cruciales para obtener ganancias (Santos, 2000: 165-178; Castells, 1996: 414-420 y 445-446).

Tal expansión del capitalismo ha transformado a uno de los referentes esenciales para estudiar el derecho: el Estado. Ahora se está frente a lo que David Harvey y Bolívar Echeverría denominan *Estado neoliberal* (Harvey, 2007a: 14; Echeverría, 2012: 102-104).

Harvey menciona que el conjunto de políticas neoliberales se implementaron desigualmente en los estados debido a sus condiciones y contextos históricos⁴. No obstante, estos se refuncionalizaron tanto para facilitar la acumulación de capitales extranjeros y nacionales, como para enaltecer las libertades que reflejan los intereses de la propiedad privada, las empresas multinacionales así como el capital financiero (Harvey, 2007a: 14).

4 La doctrina neoliberal es un proyecto que cobra sentido para solucionar los problemas de sobreacumulación de capital desde 1973. Chile fue el primero en aplicarla tras el golpe de Estado de Pinochet. Le siguieron Gran Bretaña en 1979 con Margaret Thatcher y Estados Unidos con Reagan, donde la actividad estatal se reorientó: se apartó del Estado de bienestar y se dirigió hacia el apoyo activo a las medidas de promoción de la oferta para la acumulación de capital. El neoliberalismo no fue impuesto de modo inmediato o consecuente, sino que fue producto de diversos experimentos “caóticos” que convergieron en una nueva ortodoxia articulada en el Consenso de Washington en los noventa, e impulsada por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (Harvey, 2007a: 14-20).

En el mundo del derecho, la transición histórica⁵ no implicó que el Estado y sus instituciones perdieran sus especificidades y capacidades de regulación y control social, sino se transitó hacia un Estado en el que se evidenciaban las pluralidades políticas y jurídicas, sobre todo las trans y multinacionales, porque las comunitarias o locales siempre habían existido pero desde la negación y la subordinación. Así que el monopolio de la producción normativa se disputó predominantemente por los pluralismos jurídicos trans y multinacionales. Además, surgieron formas de poder privatizadas de los sujetos (trans) multinacionales y otros emergentes como el narcotráfico, y el poder público o estatal empezó a difuminarse y a hacerse poroso. Pese a que los límites y la división territorial política y administrativa se conservaron, diversas formas de configuración espacial y territorial localizadas de la economía transnacional se superpusieron e imbricaron en la práctica. De modo que la búsqueda de la ganancia, conjugada con la localización de las *interlegalidades transnacionales* y la porosidad de poder público-privado derivó en diversos y confusos *juegos de (i) legalidades*. Y la tan aclamada seguridad jurídica se llenó de incertidumbres frente a la desregulación impulsada con la llegada de las políticas neoliberales.

Estos fenómenos llevaron a algunos autores a hablar de la desaparición o la profunda crisis del Estado. Pero, más allá de eso, el Estado se refuncionalizó para la acumulación del capital, y con él se reconfiguraron las relaciones entre los espacios, el Estado, el derecho y las sociedades.

Dentro de estas nuevas relaciones, las menos confusas o evidentes para los estudiosos del derecho son aquellas en las que la legalidad se vuelve funcional para llevar lo público, lo colectivo y lo común al circuito privado, la liberalización y la mercantilización por medio del despojo, o lo que David Harvey llama la *acumulación por desposesión*⁶.

5 El término *transición histórica* se retoma de Perry Anderson. El concepto tiene el objetivo de sobrepasar la perspectiva evolucionista y acumulativa de la historia en la que se suceden fases cerradas, completas y armónicas. La transición histórica se entiende como un proceso histórico en el que las formaciones sociales concretas encarnan siempre cierto número de modos de producción y sociabilidad complejos, conflictivos y de diversa antigüedad. No se trata del desplazamiento y disolución de un modo de producción o forma de sociabilidad a otra mejor, sino de la encarnación de diversos modos de producción y sociabilidades complejas que coexisten en conflicto y permiten el paso a otras, pero donde una de ellas se impone como dominante. A este proceso histórico Bolívar Echeverría lo denomina *progresismo dialéctico* (Anderson, 1992: 88-87; Echeverría, 2012: 432-433).

6 Esta forma de acumulación representa una nueva forma imperialista del capitalismo con dinámicas más contingentes y fortuitas, aunque fundadas en las leyes

Es decir, donde la cultura, el arte y la información importan en cuanto son susceptibles de comercializarse, los recursos naturales en cuanto se puedan explotar e industrializar, y las personas y sus relaciones sociales en tanto puedan integrarse al mercado laboral –flexible y por subcontratación, preferiblemente–, etc.

Pero la forma interescalar y multidimensional del capitalismo no solo trastoca al Estado y su funcionamiento, sino que su capacidad expansiva e invasiva le permite llegar a todos los resquicios de la vida. La búsqueda y obtención de la ganancia se despliega sobre los cuerpos, los sentimientos, ¡todo! Y la legalidad o, más bien, los juegos entre las (i)legalidades, necesarios para convertir ese *todo* en mercancía y permitir su producción y distribución a escala transnacional, nacional y local son lo que más confunde a los abogados. Dicha confusión se debe a que el capitalismo utiliza sin distinción vías legales e ilegales, formales e informales, para apoderarse de ese *todo*. Además, como plantean Jean y John Comaroff, el aumento del neoliberalismo ha reestructurado las relaciones entre el gobierno, la producción, el mercado y la violencia, lo cual parece haber fomentado economías delictivas en todas partes: *economías paralelas* y *parias de escala global* a donde migran y se desplazan cosas y personas sin enfrentarse a las “engorrosas” formas de gobernar de los estados, pero que se unen a las redes locales y nacionales –legales, ilegales, formales o informales–, en las cuales incluso el Estado es beneficiario directo o indirecto mediante sobornos, corrupción, etc. (Comaroff, 2009: 14-34).

Tal contexto crea un vínculo aparentemente paradójico entre legalidad, violencia y desorden, pero más allá de ser una paradoja son aspectos del mismo fenómeno. Los Comaroff afirman que este aparente caos está creando un regreso a la preocupación por el *orden* y la *ley*, sus medios y métodos en el imaginario social y en la vida cotidiana de las personas: se redactan constituciones, hay llamamientos a los derechos, se reinventan las democracias de los procedimientos y se presentan demandas frente a las injusticias. Incluso, los autores alertan sobre la judicialización de la movilización política o el desplazamiento de la política hacia los tribunales (Comaroff, 2009: 12-13 y 34-43).

Y es que el derecho y los derechos se han convertido en una vía para que personas, pueblos y comunidades puedan *defenderse frente*

de hierro basadas en la ganancia. La acumulación por desposesión se constituye como una nueva forma de hostigamiento y apropiación predatoria mediante la privatización, pues su objetivo es llevar al circuito privado los bienes públicos y comunes, así como diversos aspectos de la vida con el objetivo de lanzarlos al mercado para que el capital sobreacumulado invierta en ellos de modo más rentable (Harvey, 2007b: 116-132).

al despojo de sus formas de vida, territorios y su vida misma. Aunque esta defensa no solo es jurídica, ni son nuevos los usos del derecho y los derechos⁷, lo cierto es que el *campo para la defensa* se ha ampliado por la propia lógica expansionista e invasiva del capital, y porque los sujetos litigantes dejaron de ser solo interestatales o internacionales. Además, el escenario se complejiza, debido a que la sociabilidad capitalista no avanza como una masa homogénea, ni sobre los espacios nacionales, ni sobre las escalas internas, sino que se constituye como una *globalidad interescalar*, con diferentes intensidades sobre las heterogeneidades. Sin embargo, no todos los sujetos y colectivos son receptores neutrales o pasivos, pues se sitúan dentro de un marco de conflictividad y disputa desde sus distintas historias, contextos y capacidades políticas. Aunque este campo de disputa se vuelve desigual, pues el Estado neoliberal y los juegos de (i)legalidades tienen la finalidad clara de la búsqueda de la ganancia, así que se estrecha el marco de acción de los usos alternativos del derecho.

En consecuencia, el abordaje desde la coherencia, autorreferencia y dicotomías del derecho –legal versus ilegal– resulta ocioso e inútil frente a los procesos jurídicos del contexto político-económico actual. Al mismo tiempo, es preciso trascender la visión del *derecho como instrumento de dominación*⁸ porque, al igual que el positivismo jurídico llamaría a entenderlo como un *proceso preexistente y cerrado*, o bien como *un reflejo del Estado dominante o de las relaciones capitalistas* donde no existen posibilidades o potencialidades de transformación, resistencia o creatividad social en las cuales el derecho pueda tener cabida.

Entonces, por ejemplo, ¿cómo comprender procesos jurídicos en los que, por un lado, se reconocen derechos humanos que potencian luchas y resistencias y, por el otro, el marco legal estatal abre los recursos naturales y culturales al libre comercio y la privatización? ¿Cómo abordar los juegos de legalidades e ilegalidades que usan los actores dominantes estatales o transnacionales para despojar a los pueblos

7 Uno de los teóricos que han desarrollado el tema de los usos alternativos del derecho es Jesús Antonio de la Torre Rangel. Para él, los usos alternativos del derecho que se posicionan frente al derecho del “proyecto capitalista neoliberal” son aquellos que se usan para la lucha por la liberación, las relaciones más justas y la calidad de vida. Estos usos se pueden dar ante instancias judiciales, administrativas y los usos comunitarios de los derechos propios (De la Torre, 2006: 99-107). A lo anterior habría que agregar los usos judiciales, semijurisdiccionales y políticos ante instancias internacionales de derechos humanos y tribunales éticos internacionales.

8 Un artículo sugerente sobre las implicaciones del derecho como instrumento de dominación en las relaciones capitalistas en la transición a la sociedad socialista y comunista se puede ver en Burgos (2013).

indígenas y campesinos de sus tierras y territorios? ¿Cómo acercarse a los juegos de (i)legalidades en la vida cotidiana de las personas y colectivos que sobreviven en contextos de violencia? ¿Cómo interpretar todos estos procesos jurídicos sin pensarlos como esquizofrénicos o contradictorios, sino más bien como constitutivos de los estados neoliberales y el capitalismo transnacional?

Este texto no tiene como objetivo dar soluciones, propuestas teóricas o respuestas acabadas; su intención es esbozar algunos apuntes, retos o ejes de discusión a los que se enfrentan el derecho y la teoría jurídica crítica en la realidad actual. Para ello se echará mano de algunos elementos teóricos de la geografía crítica, la antropología jurídica, la antropología de la legalidad e ilegalidad, y la sociología del derecho, que ayudarán a situar al derecho en la lógica del capital transnacional, localizada a diferentes escalas, como local, regional o nacional, etc.

Para abrir la discusión, en un primer apartado se dará la primera pincelada sobre pluralismos jurídicos, interlegalidad, escalas del derecho y juegos de legalidad e ilegalidad, elementos que ayudarán a entender tanto la complejidad de las interrelaciones y los espacios jurídicos, como sus tránsitos al Estado neoliberal. En un segundo y último apartado se propondrán algunos elementos teóricos para comprender al derecho como proceso sociohistórico y como campo en disputa, en el cual, aunque con relaciones de poder completamente desiguales, se abren posibilidades tanto para la subordinación y dominación como para la creatividad, la transformación y la resistencia social.

2. EL DERECHO EN LA SOCIABILIDAD CAPITALISTA Y EL ESTADO NEOLIBERAL: PRODUCCIÓN PLURAL E INTERESCALAR. LEGALIDADES E ILEGALIDADES

El reconocimiento de la *diversidad* y la *pluralidad* implica necesariamente *el reconocimiento del otro como metodología*. No obstante, como anuncia David Harvey, esto no conlleva solo al reconocimiento de la heterogeneidad, la discontinuidad, la fragmentación y lo contingente que propone el *posmodernismo*, como fundamento de su oposición de las verdades absolutas y universales de la modernidad. Porque el descreimiento sobre la universalidad y totalidad del capitalismo supone *desmantelar las pluralidades*. Abordar otros mundos y otras voces negadas o largamente silenciadas bajo la retórica del posmodernismo es peligrosa en la medida en que se niega a afrontar las realidades de la economía política y las circunstancias del poder global, lo cual orilla a análisis caóticos y derrotistas (Harvey, 1998: 56-82)⁹.

9 El posmodernismo privilegia la heterogeneidad, la diferencia, lo discontinuo y

De modo contrario, hablar de las diversidades y pluralidades en el marco de una globalidad del capital ayuda a visualizar las relaciones históricas de violencia, dominación y explotación que se han ejercido sobre los otros traducidos y reducidos a ganancia. Bolívar Echeverría habla de la *violencia civilizadora* que se instaura en su *fase destructiva*, durante la cual se impone el productivismo abstracto e ilimitado como horizonte de la actividad y pensamiento humano, y las necesidades se crean para y por la producción y la ganancia. “Es la violencia represiva elemental que no permite que lo que en los objetos del mundo hay de creación, por un lado, y de promesa de disfrute, por otro, se realice efectivamente, si no es como soporte o pretexto de la valorización del valor” (Echeverría, 2012: 114). De manera que se requiere anular las posibilidades de otras formas de vida y alternativas.

En el ámbito del derecho, tal enfoque permite despojarlo de su aparente neutralidad y universalidad. La institucionalización de los estados modernos y su derecho en América Latina –y, siguiendo a Charles Tilly, también en Europa– se instaló ejerciendo diferentes formas de violencia sobre las pluralidades originarias y sociales –indígenas y afroamericanas–, sus territorios y formas de vida consideradas contrarias o transgresoras al proyecto moderno basado en la soberanía monopólica, la libertad, la igualdad y el progreso.

Como menciona Bartolomé Clavero, el constitucionalismo liberal fue la expresión victoriosa de los procesos de independencia y el instrumento primordial para la consolidación estatal, pero desde su inicio se constituyó como un *derecho excluyente y colonial* frente a todo aquello que atentara contra la consolidación del Estado moderno. Así, su efecto no fue la universalización del derecho, sino la entronización del propio universo jurídico que expulsaba radicalmente a cualquier otro. Para el autor, se constituyó un solo mundo constitucionalmente concebible (Clavero, 1994: 25-27). En tal sentido, la consolidación del derecho como monojurídico y estatal permitió la normalización y normativización de las formas de violencia (i)legal sobre las pluralidades infraestatales.

De aquí que una corriente de la teoría crítica del derecho lo considere como un instrumento de dominación. No obstante, es necesario

lo contingente frente a la concepción monótona de la ciencia moderna positivista, tecnológica y racionalista basada en el progreso lineal, las verdades absolutas, la planificación racional y la uniformización del conocimiento y la producción. En referencia al marxismo, la perspectiva posmoderna conlleva el riesgo de pensar que sus conceptos de valor, trabajo, capital, son más fijos y estables de lo que en realidad son pues, por el contrario, son conceptos que se despliegan de modo relacionado, así como se separan y unen continuamente (Harvey, 1998: 22-24; 57-83).

insistir en que las *relaciones de poder en el derecho son un campo en disputa*, en el que las pluralidades sociales históricamente han resistido, impugnado y también se han adaptado. Es cierto que esta disputa se ha dado en términos completamente desiguales, pero no contemplarla llevaría a circunscribir las pluralidades negadas “al mundo de mutiladoras relaciones de poder” (Harvey, 1998: 56), donde solo queda adaptarse o resignarse. Sobre esto se volverá más adelante, por ahora importa abordar la pluralidad jurídica.

La *pluralidad jurídica*¹⁰ no es un tema reciente y mucho menos nuevo. De hecho, ha sido una constante histórica antes y durante la institucionalización de los estados modernos. Pese a que la perspectiva dominante del derecho se ha esforzado por convencer de su carácter monojurídico –el Estado como principal y único actor–, en otras ciencias, el pluralismo jurídico se ha abordado de manera multidisciplinaria. En México, la antropología jurídica fue la primera en evidenciarlo con diversos estudios sobre los pluralismos jurídicos indígenas, seguida de la sociología jurídica y la teoría crítica del derecho¹¹. Aunque dichos pluralismos jurídicos se exploraban a escala infraestatal y en relación con el Estado, esta situación ha cambiado a partir del capitalismo transnacional. Ahora, la pluralidad jurídica trasciende las fronteras estatales, de modo que el surgimiento de una nueva clase transnacional dirigente encargada de la coordinación y control de las actividades económicas ha generado un espacio jurídico transnacional y una legalidad supraestatal que coexiste con el sistema mundial, el Estado y los ordenamientos jurídicos infraestatales (Santos, 1991: 27; Santos, 2002: 27-28).

Aleida Hernández Cervantes explica que los ordenamientos normativos transnacionales se crean por centros económicos de producción jurídica transnacional. Dentro de estos centros están los

10 El pluralismo jurídico ha sido un término usado para designar la multiplicidad de sistemas jurídicos generados por diferentes fuerzas sociales que coexisten en un mismo espacio sociopolítico. En América Latina este concepto fue utilizado para contrarrestar la concepción monojurídica y monopólica del derecho estatal frente a la heterogeneidad de derechos coexistentes dentro de su territorio (Wolkmer, 2003: 250-251). Boaventura de Sousa Santos adopta el término pluralidad de ordenamientos jurídicos, que es una diversidad de modos de juridicidad en la sociedad. Para él, el pluralismo jurídico no es esencialmente emancipatorio ni inherentemente progresista –como los pluralismos jurídicos transnacionales– (Santos, 2002: 18 y 24).

11 Algunos aportes desde la antropología jurídica en cuanto a pueblos indígenas son los de María Teresa Sierra Camacho, Rachel Sieder, Francisco López Bárcenas y Magdalena Gómez. En la teoría crítica del derecho los referentes más importantes son Óscar Correas y Carlos Antonio Wolkmer. El referente en la sociología jurídica es Boaventura de Sousa Santos.

organismos financieros económicos internacionales que se integran por los estados y se organizan en redes transgubernamentales cuya producción jurídica es supraestatal –como la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM)–. También los constituyen organizaciones privadas de comercio internacional –como las empresas transnacionales– que integran redes privatizadas de autorregulación transnacional y producen normas extraestatales. El derecho transnacional se integra por una compleja red de normativas formales e informales, principios, directrices, programas, códigos de conducta, etc., que regulan de modo flexible e instantáneo el intercambio, la interacción y la organización del capital, así como a los actores, sectores y espacios para hacerlos funcionales según las estructuras, marcos de poder y simbologías propias del capitalismo (Hernández, 2014: 122-163).

Estas redes de ordenamientos normativos transnacionales aspiran a que su fuerza normativa tenga impacto mundial mediante su incorporación en las legislaciones nacionales y sea acatada por los estados y adoptada por particulares, sin importar su jurisdicción nacional (Hernández, 2014: 163-169). Este derecho mundial busca crear diferentes maneras de inmunidad y poder para constituir su propia oficialidad e imponerse en todas las escalas jurídicas (Santos, 1991: 28).

De modo que, si bien estos ordenamientos jurídicos superan las barreras estatales, la necesidad expansiva de la acumulación del capital las obliga a *localizarse predominantemente* sobre otras escalas. Así, su relación y su coexistencia no se centran en el Estado, sino que se interrelacionan con otros ordenamientos jurídicos a escala regional, local, comunitaria, vecinal, etc.

El *estudio por escalas del derecho* no implica un análisis fragmentario; por el contrario, ayuda a comprender y visualizar tanto la pluralidad de ordenamientos jurídicos que se interrelacionan y superponen en diferentes espacios jurídicos –interlegalidad–, como las relaciones de poder que se ponen en juego, más allá de las estatales u oficiales. Se podría decir que la escala es la cancha de juego de las relaciones interlegales de los pluralismos jurídicos. El *estudio interescalar e interlegal del derecho* puede tener tres aportes valiosos: en primer término, el análisis de los hilos finos hacia arriba y hacia abajo de las disputas que se dan entre los pluralismos jurídicos dominantes, locales, comunitarios, vecinales, etc. En segundo lugar, puede indicar las formas en que se expresan las relaciones de poder tales como la imposición, la impugnación, la resistencia o la negociación en las disputas por el derecho –la construcción de la legalidad– y los derechos. Y en tercera instancia, puede esbozar los contextos, actores y relaciones de poder que se articulan en los juegos de las (i)legalidades.

Para Boaventura de Sousa Santos, en su cartografía simbólica del derecho, lo que distingue a cada derecho u ordenamiento jurídico es el tamaño de la *escala* de regulación de la acción social y no el objeto ni el objetivo de regulación, dado que podrían regular aparentemente el mismo tipo de acción social y los agentes e intereses jurídicos también podrían coincidir. Cada escala tiene un nivel de regulación que delimita lo que pertenece o es excluido de su esfera del derecho y se define por tres elementos: el nivel de detección, que distingue lo relevante de lo irrelevante; el nivel de discriminación, que permite delimitar cuándo una acción social se regula de la misma manera y cuándo de modo distinto, y el nivel de evaluación, que valida cualitativamente el sentido de la regulación, es decir, la cualidad ética de la acción social que permite distinguir entre lo legal y lo ilegal. Ahora, cada escala tiene un espacio jurídico de regulación, el derecho local es una legalidad de gran escala, el nacional de mediana y el mundial de pequeña, pero las escalas no existen aisladas ni se constituyen a sí mismas, sino que existen interrelaciones e intersecciones complejas y dinámicas entre ellas (Santos, 1991: 27-33). Es así como:

“La vida sociojurídica está constituida, en la práctica, por diferentes espacios jurídicos que operan simultáneamente y en escalas diferentes. La interacción y la intersección entre los diferentes espacios sociojurídicos es tan intensa que, al nivel de la fenomenología de la vida sociojurídica, no se puede hablar de derecho y legalidad sino de interderecho e interlegalidad” (Santos, 1991: 30).

Además, la *interlegalidad* de los pluralismos jurídicos en cada escala no es un *continuum* ni una interrelación lineal, sino que se superponen dialéctica y sucesivamente normas, discursos y prácticas jurídicas externas, así como normas, discursos y prácticas jurídicas internas que son eje de coexistencias que dan un sentido a lo que es propio y localmente constituido¹². Aunque la interlegalidad está situada en luchas de poder desiguales, los pluralismos jurídicos no pierden sus particularidades ni sus sentidos propios. De hecho, el reto de la interlegalidad,

12 Para descifrar lo que está en disputa en esta interlegalidad, en cada escala usará la teoría del espacio social de Milton Santos, pero aplicado al derecho. Para el autor, los lugares próximos o locales se superponen dialéctica y sucesivamente los tiempos, lógicas, prácticas, necesidades externas de las escalas superiores, y los tiempos, lógicas y necesidades internas locales son el eje de coexistencias con un sentido que es propio y localmente constituido. En dicho eje todo se funde, enlazando en forma definitiva nociones, representaciones y acciones diversas de espacio y tiempo (Santos, 2000: 267-274 y 285-286).

según expresa María Teresa Sierra, es ser capaz de mostrar los usos e interpenetraciones normativas en la práctica de las diferentes jurisdicciones y, al mismo tiempo, documentar el sentido en que la diferencia y la particularidad interna se hacen visibles en estos espacios como referentes centrales de cada derecho (Sierra, 2011: 392).

2.1 HABLANDO DE JUEGOS DE LEGALIDAD E ILEGALIDAD

Por último, cuando se habla de pluralismos jurídicos es necesario hablar de las *legalidades e ilegalidades*. Tradicionalmente, esta última es entendida en contraposición al derecho legalmente constituido. En el derecho moderno, el Estado es el único que tiene la potestad de designar qué está dentro o fuera de la ley.

Los pluralismos jurídicos históricamente ilegalizados y criminalizados fueron los indígenas. No obstante, el reconocimiento en la normatividad internacional de los derechos de estos pueblos –en el cual desempeñaron un papel clave las organizaciones indígenas–, condujo a diversos procesos de interlegalidad, tanto con el Estado, como al interior de los pueblos indígenas y sus pluralismos jurídicos. Dichos procesos propiciaron la apertura de campos de disputa en el derecho internacional y estatal para ampliar el respeto de los derechos indígenas, y al interior de los pueblos se desataron procesos de reapropiación de los derechos humanos internacionales.¹³ En América Latina, el reconocimiento de la pluralidad indígena y sus ordenamientos jurídicos fue clave para desmontar la versión monojurídica y estatal del derecho, así como para revelar las relaciones de violencia, dominación y explotación que el Estado ejercía sobre dichos pueblos.

En la actualidad, abordar el tema de la *(i)legalidad* se ha vuelto más complejo porque el Estado ya no posee el monopolio del derecho, el poder y la violencia. Y no es que lo haya perdido porque los procesos del capitalismo transnacional lo necesitan para garantizar su entrada en todas las escalas de los espacios y territorios; no obstante, el Estado se reestructuró frente a *redes de poder privatizadas* de sujetos trans y multinacionales, al igual que otros emergentes, como el crimen organizado. Se transitó hacia el Estado neoliberal y una nueva forma de gobernar –gobernanza–, en la cual existen redes de poder transnacional a través de la combinación de consorcios públicos y privados constituidos por empresarios, corporaciones,

13 Sobre este tema hay abundante bibliografía, entre ellas la obra de María Teresa Sierra –citada en este artículo–, en la que se explican las complejidades de la interlegalidad entre los derechos humanos y el derecho indígena. A su vez, Sally Engle Merry (2010) analiza las relaciones entre lo local y las escalas internacionales de derechos humanos en la defensa de los derechos de las mujeres.

asociaciones y sociedades civiles –como las ONG– que no solo colaboran o cabildean con los actores estatales, sino que usan al Estado para simular el ejercicio soberano de dictar leyes o acciones ejecutivas (Harvey, 2007: 83).

La *incorporación a redes privadas y la porosidad entre el Estado y el poder corporativo* condujeron a que en el ámbito del derecho se conservara la potestad de creación y aplicación de normas. Sin embargo, con la interlegalidad de los pluralismos jurídicos transnacionales se constituyó una legalidad (Constitución, leyes, códigos, sentencias, etc.), la cual es usada y aplicada para el despojo y la explotación, así como contra todo lo que se oponga a la acumulación del capital.

Jean y John Comaroff denominan *guerra legal* al uso de los instrumentos legales y la violencia inherente a la ley –violencia legal– para cometer actos de coacción política, supresión y desposesión. A medida que el Estado se vuelve más legalista, se encamina a limitar o reducir los derechos de la gente y las formas de vida contrarias a la lógica capitalista, y las convierte en la “nuda vida”. Por si fuera poco, la apropiación de la legalidad estatal también se utiliza para blanquear y legitimar esa guerra legal que, en realidad, se despliega para reforzar los pilares del Estado o ampliar los vasos capilares del capital (Comaroff, 2009: 50-54).

Así, el despojo y la explotación sobre tierras, territorios, culturas, etc., que son ilegales de acuerdo con el marco de derechos humanos, son convertidos en mercancía mediante la supremacía constitucional y la legalidad estatal. Por otra parte, su disposición privada –lo que Harvey denomina acumulación por desposesión– se vuelve legal, con el extra de que la violencia legal e ilegal es legitimada en caso de articularse resistencia social frente al despojo (Harvey, 2007b: 116-132). De hecho, como menciona Bolívar Echeverría (2012: 96), el uso de la violencia informal o ilegal –como guardias blancas y grupos paramilitares– no es vista como una ruptura del monopolio de la violencia legal, sino como un reforzamiento espontáneo o salvaje de este, una extralimitación inevitable y comprensible de la violencia legal.

Así mismo, el poder económico y sus redes de ordenamientos jurídicos tienen la posibilidad de actuar más allá del Estado y localizarse en cualquier escala, desplazando al derecho estatal e, incluso, interlegalizándose con los ordenamientos jurídicos regionales, vecinales, comunitarios, etc. Según los Comaroff, cuando esto impera, la legalidad estatal crea una *arquitectura de los simulacros*, es decir, simula la aplicación de la ley y la violencia estatal para controlar, pero en realidad los que imponen el orden son comandos o agentes locales que las empresas contratan para imponer su voluntad (Comaroff, 2009: 50-54).

Sumado a esto, el derecho estatal neoliberal y los ordenamientos transnacionales “legales” son disputados por *pluralismos jurídicos transnacionales del crimen organizado* que, de igual manera, se interlegalizan a cualquier escala, incluida la estatal. No es una sorpresa, siguiendo a los Comaroff, que pueda haber acaparamiento, subcontratación o cooptación de las estructuras y la legalidad estatal por el crimen organizado transnacional. Paralelamente, esto conduce al fortalecimiento de sus propios ordenamientos jurídicos y a que dicho crimen organizado tenga la posibilidad de obtener ganancias camuflándose de legalidad estatal y ayudado por la corrupción (Comaroff, 2009: 51-60).

Si bien este texto no tiene la intención de describir cada uno de los juegos de (i)legalidad, lo apuntado anteriormente plantea diversos retos a la teoría crítica del derecho que se deben empezar a pensar y cuestionar. Por ejemplo, Boaventura de Sousa Santos explica que en cada escala se encuentra un nivel de evaluación que le da validación ética a la acción social y permite distinguir lo legal de lo ilegal. No obstante, más allá de que una escala pueda definir qué es legal o ilegal, la constante histórica entre pluralismos jurídicos ha sido la dominación de una legalidad sobre otra. Es decir, se constituye una legalidad dominante que tiene la capacidad de nombrar lo que es legal e ilegal y de ejercer violencia sobre las otras legalidades. Con este poder de ilegalización, nos dicen Kedron Thomas y Rebecca Galemba, se excluyen personas y grupos de una comunidad moral-legal y los hace disponibles para la criminalización, marginalización, explotación e incluso para la deshumanización.

El punto de partida de estos autores desde la antropología de la legalidad y la ilegalidad es fundamental porque proponen trascender la asociación negativa que tradicionalmente se le asigna a la ilegalidad, así como su abordaje en oposición o dualidad. Para ellos, hablar de los fenómenos de (i)legalidad ayuda a criticar a la legalidad, revelar la construcción sociopolítica del término y desnudar las implicaciones y efectos que la ilegalización tiene sobre las personas (Thomas y Galemba, 2013: 211). Así, dicha propuesta llama a estudiar las disputas y relaciones de poder que se dan entre las legalidades en diferentes escalas para nombrar y deslegitimar a los otros.

Pero ¿qué sucede cuando estas relaciones de poder están situadas en una sociabilidad capitalista donde impera la acumulación del capital a costa de lo que sea y donde, además, se tiene la capacidad de usar, cooptar o desplazar la legalidad tradicionalmente dominante e imponer la propia legalidad en el plano interescalar? ¿Y qué sucede cuando las escalas jurídicas locales, comunales, etc., tienen que dialogar,

resistir, adaptarse o negociar con las legalidades transnacionales, sean las formales o las del crimen organizado, en términos completamente desiguales?

¿Cómo repensar los juegos y disputas entre la (i)legalidad más allá de los fatalismos, las ilusiones sobre el orden del derecho moderno y las dicotomías? ¿Quién, cómo y en qué contextos surgen los actores dominantes a quienes se otorga la potestad de nombrar lo que es legal e ilegal? ¿Cómo se producen las disputas de lo legal e ilegal entre los pluralismos jurídicos en el nivel interescolar? ¿Cómo median la legalidad estatal y la lógica del capitalismo transnacional en este nombramiento? Y en estos juegos y disputas entre (i)legalidad, ¿dónde quedan las luchas que emprenden personas, pueblos y comunidades para defender sus formas de vida, territorios y recursos naturales? Estos y muchos otros son cuestionamientos y ejes de discusión pendientes en la teoría crítica del derecho.

3. EL DERECHO COMO CAMPO EN DISPUTA: POSIBILIDADES TANTO PARA LA TRANSFORMACIÓN, CREATIVIDAD Y RESISTENCIA COMO PARA LA DOMINACIÓN Y LA IMPOSICIÓN

El derecho –como normas, discursos y usos– no es un proceso preexistente o cerrado ni reflejo único o instrumento del Estado dominante o de las relaciones capitalistas, ni tampoco los sujetos y colectivos son simples depositarios de sus prescripciones y discursos, dado que no las reciben pasivamente. Entonces, ¿cómo se puede pensar el derecho?

De modo general, es posible afirmar que lo que distingue al derecho de otros procesos sociales es su carácter regulatorio y prescriptivo –el poder de hacer cumplir la norma–. Pero, a diferencia de la versión positivista y contractualista, en este trabajo se entiende el derecho *como un proceso sociohistórico de producción regulatoria que se da plural e interlegalmente en las sociedades situadas dentro de relaciones de poder contradictorias y desiguales en contextos históricos particulares.*

Sobre el proceso sociohistórico, las normas, escritas o no, formales o informales, son objetos cristalizados de la acción social para Milton Santos. Es decir, son utensilios (materialidad cotidiana), signos y símbolos (producción del imaginario humano, incluyendo la redefinición de la sociedad) cristalizados en los que se reúne una lógica de la historia mediante la cristalización de la acción y experiencia pasada, así como la lógica de la actualidad y sus significaciones presentes, a partir de la cual se constituye un sistema de actos regularizados, rutinas o casi rutinas que participan en la producción de un orden y un campo relacional e institucional que, al ser prescriptivos, reproducen un orden social y transforman la naturaleza, las acciones, las instituciones y la cultura jurídica (2000: 54-67).

Este proceso histórico de regulación está permeado por las constantes relaciones de *contradicción social*¹⁴. Así, el derecho se constituye en sí mismo como un *campo en disputa*, donde las sociedades crean y recrean las normas, prácticas, instituciones, discursos o imaginarios jurídicos desde sus diferentes capacidades políticas, necesidades materiales, historias y racionalidades particulares, aunque en marcos de poder mayormente desiguales, así como en contextos de violencia cada vez más salvajes. Entonces, la disputa se produce en torno a la creación del derecho, su contenido –lo que va a ser norma–, sus valores, interpretaciones y discursos, al igual que la aplicación y usos del derecho y los derechos.

Por lo tanto, el elemento constitutivo del derecho no puede ser solo un reflejo de las estructuras de poder dominante –estatal y trans o multinacional– porque, aunque con menor capacidad política, los movimientos, organizaciones, personas, etc., también disputan su creación –las normas, sus significados y símbolos–. A esto se suma que, en esta disputa, no hay una sola legalidad, sino una pluralidad de ellas que se interlegalizan. Además, tampoco la aplicación del derecho, los derechos y sus diferentes usos son apropiados solo por los actores dominantes, sino que también se disputan por las colectividades locales, movimientos y personas. De aquí que, para Carlos Antonio Wolkmer se rompe con la configuración mítica de que el derecho emana solo de la norma estatal y está instaurado en la idea consensual y contractual, pues, por el contrario, es producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena política (2003: 257).

Además, la relación entre la producción del derecho y las sociedades es intrínseca, pero, sobre todo, *dialéctica*. Cuando Milton Santos habla de una cristalización histórica y actual, no se refiere a que el derecho, ya sea en su contenido o su aplicación, es solo una manifestación o resultado de las sociedades, sino que este, al ser apropiado y aplicado, a su vez produce y transforma o da continuidad a acciones, prácticas y representaciones del derecho que se materializan en la vida cotidiana y en la política institucional –el derecho productor social–. Entonces, el derecho es producto y productor social pero, más allá de que esta relación sea inmediata o producto de un simple

14 Mylai Burgos Matamoros explica que en la materialidad histórica existe un devenir dialéctico de las sociedades. En este sentido, el derecho es una mediación transformadora/liberadora como cara de la misma moneda de la hegemonía y dominación, ya que este se da en un proceso de unidad y lucha de contrarios: “Un orden jurídico, en cualquier espacio que funcione –país o comunidad– tiene dentro de su propio accionar social la característica intrínseca de la contradicción, puede servir tanto para dominar como para lograr espacios de transformación emancipadora” (Burgos, 2013: 742).

acuerdo donde se exprese la voluntad general; en realidad, es una relación dialéctica que no solo se da en un plano material o práctico –en la creación o aplicación de normas– sino que hay racionalidades, imaginarios y prácticas regulatorias que se disputan desde diferentes capacidades de comunicación, interlocución y negociación inmersas en posiciones de poder desigual que median de forma contradictoria. Debido a ello, *el derecho no es esencialmente transformador ni dominante*. Las disputas enmarcadas en relaciones de poder desigual abren las posibilidades del derecho tanto para la transformación, la creatividad y la resistencia como para la dominación y la imposición.

Al respecto, Boaventura de Sousa Santos asegura que la evolución de los potenciales regulatorios, represivos y emancipatorios del derecho no dependen de la autonomía o autorreflexividad del derecho, sino de la movilidad política y las fuerzas sociales en competencia (Santos, 2002:19-21). Ahora bien, estas posibilidades del derecho (en un sentido u otro) no son dicotómicas, excluyentes o discontinuas, se pueden expresar a la vez, ya que “el derecho desde su construcción, su contenido hasta su práctica lleva consigo elementos que nos pueden llevar entre unos fines u otros al ser parte del conjunto de mediaciones que funcionan en la sociedad dialécticamente” (Burgos, 2013: 736).

Un ejemplo primordial del derecho como espacio en disputa, desde la pluralidad y la interlegalidad, es la constitucionalidad de los derechos subjetivos. La constitucionalidad de derechos pertenece a la escala nacional, pero está interlegalizada por dos escalas supraestatales: la red de pluralismos jurídicos trans y multinacionales, y el derecho internacional de los derechos humanos. La escala supraestatal se dibuja en lo que César Rodríguez Garavito denomina el *Estado global de derecho*, el cual tiene dos versiones: a) la *versión ligera*, componente fundamental de la teoría y la práctica neoliberal impulsada por el BM y el BID en América Latina, centrada en impulsar la liberalización absoluta del comercio y el mercado, y en promover el desarrollo humano por medio de la privatización de todo lo común, lo colectivo y lo público. Los derechos que esta versión potencia son los civiles y políticos individuales, pero, sobre todo, los patrimoniales; y b) la *versión densa*, la cual “[...] otorga mayor capacidad al ciudadano para realizar la vida que desea” (2009: 15-16). En esta segunda versión se reconocen, garantizan y promocionan los derechos civiles y políticos individuales, así como a aquellos que establecen condiciones sociales, económicas, educativas y culturales para cumplir con las aspiraciones y dignidad individuales. No obstante, el reconocimiento de estos últimos se hace siempre y cuando no se trastoquen los derechos de la versión ligera, es decir, aquellos dirigidos a impulsar las políticas neoliberales (2009: 7-15).

Según el autor, la versión densa es la que se ha localizado en las constituciones latinoamericanas –con excepción de Cuba, Bolivia, Ecuador y Venezuela–. Esto implica que se incorporan los derechos humanos y mecanismos de control de constitucionalidad, al mismo tiempo que se impulsan diferentes reformas legislativas, procesos de (des)regulación y procedimientos para garantizar la implementación neoliberal de los estados. Debido a ello, en la parte introductoria de este texto se mencionó que situar el derecho en el marco del Estado neoliberal ayuda a entender estos procesos más allá de la esquizofrenia del derecho y, más bien, como parte constitutiva del capitalismo actual.

Esta disputa no es unilateral y unidireccional porque hay una diversidad de pluralismos jurídicos locales y de movimientos, colectivos, organizaciones y personas que, desde sus capacidades políticas específicas, luchan por el reconocimiento y respeto a la diversidad de derechos individuales, sociales y colectivos. En otras palabras, disputan el elemento constitutivo del derecho mediante su constitucionalización o legalización estatal. Y, así mismo, utilizan los derechos y procedimientos de protección y garantía establecidos a escala nacional e internacional para defenderse del despojo de sus formas de vida, su vida misma, sus territorios, recursos naturales, culturas, sexualidades, etc.

Por último, para señalar la importancia de entender el derecho como campo en disputa en el contexto y la particularidad histórica del capitalismo actual, es preciso retomar un tema planteado por Jean y John Comaroff sobre la fe en el derecho o la fetichización de la ley como respuesta ante el caos y la violencia salvaje. Para los autores es sorprendente que exista la creencia ilusoria de que las constituciones tienen la capacidad para atraer formas de gobierno equitativas basadas en principios éticos, y que la humanidad pueda conocerse en virtud de sus “d-e-r-e-c-h-o-s” (Comaroff, 2009: 35-39). En este punto, la respuesta fácil sería que la fe en el constitucionalismo es errada por el simple hecho de que el *Estado global del derecho* en su versión densa limita en sí mismo el reconocimiento y goce de derechos, pues responde a una lógica neoliberal en la que se conceden derechos –siempre que no atenten contra el Estado neoliberal–. Sin embargo, como se ha mencionado, el capitalismo *invade y despoja todas las esferas y espacios de la vida social*, utiliza vías legales e ilegales sin distinción, y ejerce la violencia estatal o privada que está a su disposición. Sumado a este contexto, en países como México, los grupos del crimen organizado han entrado al mercado transnacional y con ello han convertido en mercancía espacios, cuerpos, objetos y todo aquello que les produzca ganancia sin importar que sea el cuerpo de una mujer, un migrante, un órgano humano, una especie protegida, etc. Frente a ello, los movimientos, organizaciones y las personas, sin duda, emplearán estrategias políticas y cotidianas para resistir y sobrevivir a

estos contextos, pero la constitucionalidad del derecho y sus derechos, la apelación a diferentes herramientas jurídicas y a los derechos a escala estatal e internacional, así como sus propios derechos –pluralismos jurídicos– son también elementos que usan para defenderse, resistir o negociar su sobrevivencia en contextos violentos.

Finalmente, con plena convicción se afirma que son las resistencias, los movimientos y las luchas concretas los que darán más luces sobre los procesos sociojurídicos, sus disputas, limitaciones y alcances. Sin embargo, es preciso que en la teoría jurídica crítica se repiensen las categorías y conceptos que permitan entender al derecho como dialéctico y como campo en disputa, así como observar las posibilidades del (de los) derecho(s), no solo para la dominación, sino para la transformación, creatividad y resistencia social, sin perder de vista el contexto histórico y particular en el que se vive actualmente, y los retos que esto implica.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, P. 1992 *Estado absolutista* (México: Siglo XXI).
- Bravo Espinosa, Y. 2015 “Elementos para comprender los límites y las posibilidades del derecho y los derechos frente al despojo de los territorios indígenas”, en *Amicus Curie* (Criciúma: Universidade do Extremo Sul Catarinense) Vol. 12, N.º 2, julio-diciembre.
- Bravo Espinosa, Y. (en prensa) “Repensando el espacio y el territorio en el derecho: entre despojos y violencias en la transición al capitalismo transnacionalizado”, en Ordóñez, Freddy y Burgos Matamoros, Mylai (coord.) *Derecho, economía política y capitalismo* (Colombia: ILSA).
- Burgos Matamoros, M. 2013 “Reflexiones sobre la dialéctica dominación/emancipación en el derecho desde el pensamiento marxista”, en Wolkmer, C. y Correas, O. (coords.) *Crítica Jurídica na América Latina* (Aguascalientes/Florianapolis: Cenejus).
- Castells, M. 1996 *La era de la información. Economía, sociedad y cultura* (Madrid: Alianza Editorial), Vol. I.
- Clavero, B. 1994 *Derecho indígena y cultura constitucional en América* (México: Siglo XXI).
- Comaroff, J. y Comaroff, J. 2009 *Violencia y ley en la poscolonia: una reflexión sobre complicidades Norte-sur* (Buenos Aires: Katz Editores).
- De la Torre Rangel, J. A. 2006 *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho* (San Luis Potosí: Cenejus, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí).

- De Sousa Santos, B. 1991 “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”, en *Nueva Sociedad* (Buenos Aires) N° 116, noviembre-diciembre.
- De Sousa Santos, B. 2002 *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (Universidad de Colombia-ILSA, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales).
- Echeverría, B. 2012 *Valor de uso y utopía* (México: Siglo XXI).
- Engle Merry, S. 2010 *Derechos humanos y violencia de género. El derecho internacional en el mundo de la justicia local* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes).
- Fitzpatrick, P. 1998 *La mitología del derecho moderno* (México: Siglo XXI).
- Harvey, D. 1998 *La condición de la posmodernidad. Investigación del cambio cultural* (Buenos Aires: Amorrortu Editores).
- Harvey, D. 2007a *Breve historia del neoliberalismo* (Madrid: Akal).
- Harvey, D. 2007b *El nuevo imperialismo* (Madrid: Akal).
- Hernández Cervantes, A. 2014 *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional* (México-San Luis Potosí: CEIICH-UNAM, Universidad Autónoma de San Luis Potosí/Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C.).
- Rodríguez Garavito, C. 2009 *La globalización del Estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina* (Bogotá: Universidad de los Andes).
- Santos, M. 2000 *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción* (Barcelona: Akal).
- Sierra, M. T. 2011 “Pluralismo e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento” en Chenaut, Victoria et al. (coords.) *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización* (México: Ciesas- Flacso Ecuador).
- Tilly, C. 1992 *Coerción, capital y los estados europeos, 990-1990* (Madrid: Alianza Editorial).
- Thomas, K. y Galemba, R. B. 2013 “Illegal anthropology: an introduction”, en *Polar: Political and Legal Anthropology Review*, Vol. 12, N.º 2.
- Wolkmer, A. C. 2006 *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (San Luis Potosí: ILSA, Universidad Autónoma de San Luis Potosí).

TRABAJO VIVO, SOCIOMETABOLISMOS Y PLURALISMO JURÍDICO: NOTAS SOBRE UN MARCO COMPRENSIVO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES

Alejandro Medici*

INTRODUCCIÓN

El trabajo vivo, es decir, la actividad humana de satisfacción de las necesidades por la que se transforma la naturaleza y la misma humanidad, en metabolismo social con ella, es uno de los presupuestos de la crítica marxiana: “La naturaleza es el cuerpo inorgánico del hombre; la naturaleza, en cuanto ella misma, no es cuerpo humano. Que el hombre vive de la naturaleza quiere decir que la naturaleza es su cuerpo, con el cual ha de mantenerse en proceso continuo para no morir. Que la vida física y espiritual del hombre está ligada con la naturaleza no tiene otro sentido que el de que la naturaleza está ligada consigo misma, pues el hombre es parte de la naturaleza” (Marx, 1993: 115).

El trabajo vivo es la actividad consciente de reproducción de la especie y la capacidad de ir más allá de la mera reproducción vital: “El hombre hace de su actividad vital misma objeto de su voluntad y su conciencia. Tiene actividad vital consciente” (Marx, 1993: 115).

Las formas de metabolismo social con la naturaleza resultantes han sido potencialmente concretas, síntesis de múltiples determinaciones y, en consecuencia, plurales. Antes de la subsunción formal y

* Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo. UPO. Sevilla. Profesor titular de Derecho Político. UNLP. Argentina. Miembro GT Clacso Pensamiento Jurídico Crítico.

real del trabajo vivo en la relación social del capital, las formas de sociometabolismo y la actividad que las genera, son plurales maneras de coevolución con la naturaleza.

La generalización extensiva e intensiva de la relación social capitalista ha generado, además del conflicto social propio de las formas enajenadas del trabajo, la enajenación del ser humano de la naturaleza; esto es, un sociometabolismo corrosivo de la naturaleza. Así lo explicaba Marx al final de los párrafos sobre maquinaria y gran industria, en el tomo 1 de *El capital*, al considerar el proceso de industrialización capitalista de la agricultura: “Al igual que en la industria urbana, en la agricultura moderna la intensificación de la fuerza de trabajo productiva y la más rápida movilización del trabajo se consiguen a costa de devastar y agotar la fuerza de trabajo del obrero. Además, todo progreso logrado en la agricultura capitalista no es solamente un progreso en el arte de esquilmar al obrero, sino también en el arte de esquilmar la tierra, y cada paso que se da en la intensificación de su fertilidad dentro de un periodo determinado es, a la vez, un paso dado en el agotamiento de las fuentes perennes que alimentan dicha fertilidad. [...] Por tanto, la producción capitalista solo sabe desarrollar la técnica y la combinación del proceso social de producción socavando al mismo tiempo las dos fuentes originales de toda riqueza: la tierra y el trabajador” (Marx, 1955: 454-455).

No cabe duda acerca de la pertinencia del diagnóstico marxiano sobre el proceso corrosivo de la biosfera que articulan las dimensiones capitalistas, coloniales; en suma, la depredación social y cultural del sistema mundial actual. Entonces, retomando estas premisas, se intenta construir lentes para pensar categorías —en plural—, acerca de la diversidad de sociometabolismos y del trabajo vivo, para pensar sus formas de articulación local y regional para proyectos de transición al posextractivismo y economías populares neguentrópicas.

El *tempo* de estas experiencias no se deja asir por las dicotomías de lo tradicional o lo moderno, de lo nuevo o lo viejo. Menos por la linealidad de las ideas de progreso o desarrollo. Se trata de empezar a pensar desde estas coordenadas un marco para comprender las prácticas de reexistencia que procuran formas diversas de reproducción vital posextractivistas.

Aquí, el Marx de la elevación de lo abstracto a lo concreto es el que indica el método relacional que articula y sintetiza lo que antes era determinación en última instancia, autonomías relativas y eficacias específicas de instancias. Si lo concreto es síntesis de múltiples determinaciones, allí se debe pensar si las prácticas en conflictos socioambientales llevan anexas tensiones vinculadas al pluralismo jurídico.

Las categorías filosóficas, sociológicas y jurídicas tomadas en sí son parte del proceso de abstracción/concreción, se articulan y

sintetizan en situación. Tal vez seguir pensándolas como instancias sea un resabio de idealismo que ontologiza aquello que es abstracto, aquello no suficientemente concreto. De la misma manera, sociedad y naturaleza no pueden escindirse al tiempo de pensar críticamente producción y reproducción de la vida. Todas estas determinaciones se multiplican en la concreción de las situaciones.

En síntesis, Marx continúa interpelando metodológicamente para pensar el pluralismo jurídico, en este caso, en relación con la ecología política. La exterioridad del trabajo vivo frente a la relación social capitalista se eleva de lo abstracto a lo concreto en pluralidad de determinaciones culturales, ecológicas y jurídicas.

LA SEPARACIÓN DE LAS CIENCIAS

En la separación entre ciencias sociales y naturales, y dentro de las primeras, la ilusión de la separación entre ser humano y naturaleza, en síntesis, en lo que toca a las ciencias sociales, el paradigma predominante continúa considerando a los seres humanos como situados en el vacío, como si la satisfacción de sus necesidades no obligara a transformar y utilizar la naturaleza, como si la actividad humana no tuviera un impacto creciente en ella, hasta el punto de sostenerse en la actualidad la hipótesis de haber entrado a una nueva edad histórica: el antropoceno, que se llama así justamente por la centralidad del impacto de la acción humana sobre la naturaleza.

La crítica de esta presunción separatista tiene dos vectores convergentes que rompen la parcelación disciplinaria en sus respectivos campos: por un lado, desde las ciencias naturales nace la ecología, que se abre crecientemente a la interdisciplina; por otro, la interrelación sociedad/naturaleza estuvo siempre como fundamento de la crítica marxiana de la relación social capitalista.

Esto no significa imputarle a Marx una postura inequívocamente y *a priori* ecologista, sino simplemente señalar algunos aspectos relevantes:

- La claridad desde sus premisas filosóficas, de la existencia de un metabolismo entre sociedad y naturaleza. Cuestión que se tematiza, al menos, en los *Manuscritos económico-filosóficos* de París, en los *Grundrisse* y en *El capital*. Esta percepción ya marca una distancia crítica con las ciencias sociales de su tiempo, en especial con la economía política burguesa, que imagina el ciclo del proceso económico en el vacío.
- La claridad en cuanto a la articulación en ese metabolismo sionatural, dada por la actividad humana satisfactora de necesidades que categoriza como trabajo vivo.

- La percepción clara acerca de la corrosividad de la relación social capitalista, no sólo sobre el trabajo vivo, sino también sobre la naturaleza.
- Esto no obsta que también existan párrafos en sus obras que puedan leerse como denotando cierta admiración sobre la destrucción creativa de la relación social capitalista en la disolución de las formas de vida tradicionales, etc. En definitiva, en cuanto pensador moderno, no dejó a veces de percibir ese proceso histórico, en el que “todo lo que es sólido se desvanece en el aire”, como apertura de nuevas posibilidades históricas.
- En esa misma línea, los párrafos más “desarrollistas”, en los que el empuje de las fuerzas productivas va erosionando el dique de las relaciones de producción.
- En numerosos párrafos alude al “control”, “dominio” o “dominación” de la naturaleza, aunque en muchos de ellos la alusión es al conocimiento de las leyes naturales (Löwy, 2011).

Más allá de lo mencionado en los últimos dos párrafos, no cabe duda de que, en una mirada integral de su obra, Marx presenta insumos que han sido ya recibidos por estudios que convergen con la ecología en miradas críticas de la parcelación disciplinaria, para dar respuestas a la crisis ecológica que vivimos. A título solamente ejemplificativo: la ecología política, la economía ecológica, la historia ambiental y el derecho ambiental crítico.

TRABAJO VIVO

El trabajo es la actividad que, en intercambio material con la naturaleza, satisface las necesidades humanas. En la *Crítica del programa de Gotha*, por ejemplo, Marx explica esta relación: “El trabajo no es la fuente de toda riqueza. La naturaleza es fuente de los valores de uso (¡que son los que verdaderamente integran la riqueza material!), como también lo es el trabajo, que no es más que la manifestación de una fuerza natural, la fuerza de trabajo del hombre” (Marx, 1973: 420).

No obstante, esa fuerza que integra la naturaleza, trabajo como actividad humana, satisfactor de necesidades, cuando es confrontado con la relación social capitalista, con el capital que subsume toda la potencia del trabajo como trabajo objetivado, muerto, enajenado, aparece la riqueza filosófica que el de Tréveris atribuye a las determinaciones del trabajo en cuanto trabajo vivo.

En los *Grundrisse*, Marx señala los aspectos objetivos, que aparecen como determinaciones negativas, como trabajo vivo, no subsumido aún en el capital, está “disociado de todos los medios y objetos del trabajo [...] este despojamiento total, esta desnudez de toda

objetividad, esta existencia puramente subjetiva... El trabajo como pobreza absoluta... un valor de uso puramente objetivo, que existe sin mediación [...] puede ser solamente una objetividad no separada de la persona [...] que coincide con su inmediata corporalidad”.

A continuación, señala los aspectos subjetivos, no objetivados, positivos del trabajo vivo: “El trabajo no como objeto, sino como actividad; no como autovalor sino como la fuente viva del valor... No es en absoluto una contradicción afirmar que... el trabajo es, por un lado, la pobreza absoluta como objeto, y por otro, la posibilidad universal de la riqueza como sujeto y como actividad” (Marx, 1976: 25).

Esta categoría del trabajo vivo la explica Marx en los *Grundrisse* en términos lógicos dentro del esquema de la economía capitalista, en su esfuerzo de maduración categorial de la crítica de la economía política burguesa. En términos históricos, hay que relacionarla con el capítulo acerca de las formas históricas de apropiación, en particular con el último capítulo del libro primero de *El capital*, sobre la “acumulación originaria”. De allí surgen los supuestos históricos de ese encuentro entre el capital y el trabajo vivo, despojado de los medios de trabajo y de la tierra, arrojado a la relación social capitalista.

Especialmente en el segundo, Marx explica el proceso histórico de apropiación privada de las tierras comunales y eclesiásticas en Inglaterra, de la transición a la propiedad privada por el proceso de *enclosures*, con la consiguiente desposesión de tierras y medios de producción de la fuerza de trabajo que pasa a engrosar la masa de marginales y pobres urbanos, generando esas determinaciones que hicieron posible el trabajo que se enfrenta desnudo al capital.

Tampoco escapa a la mirada marxiana la importancia de la conquista, colonización y saqueo de América, la posterior de las Indias Orientales, el trabajo forzado de originarios y esclavos como uno de los supuestos históricos fundamentales que hicieron posible la acumulación de capital: “El descubrimiento de los yacimientos de oro y de plata de América, la cruzada del exterminio, esclavización y sepultamiento de las minas de la población aborígen, el comienzo de la conquista y el saqueo de las Indias Orientales, la conversión del continente africano en cazadero de esclavos negros: son todos hechos que señalan los albores de la era de la producción capitalista. Estos procesos idílicos representan otros tantos factores fundamentales en el movimiento de la acumulación originaria” (Marx, 1955: 688).

Para efectos de este trabajo, interesa señalar este proceso no solo como degradación social y ambiental, sino también de colonización de la naturaleza, depredación y homogeneización cultural forzadas. Este proceso es un despojo de las potencialidades del trabajo vivo, pero al mismo tiempo de depredación natural y cultural.

Para comprender, entonces, estas dimensiones interrelacionadas, es necesario reubicar el trabajo vivo en el metabolismo social con la naturaleza.

METABOLISMO SOCIAL

El intercambio de materiales y energía entre sociedad y naturaleza es lo que se llama metabolismo social. Alude al conjunto de procesos metabólicos por medio de los que los seres humanos organizados en sociedad, apropian, transforman, circulan, consumen y excretan, materiales y energías provenientes de la naturaleza. Al realizar estas actividades, los seres humanos consumen dos actos: por un lado, socializan fracciones de naturaleza, y por el otro, naturalizan a la sociedad al reproducir sus vínculos con el universo natural (Toledo & Molina, 2010: 85 y ss., en Garrido et al., 2007).

Marx, que fue el primero en aplicar este concepto en las ciencias sociales, lo toma de los trabajos del químico y agrónomo alemán Justus von Liebig, quien estudió el agotamiento de la tierra como efecto de la agricultura industrial intensiva. La expresión ruptura o desgarramiento del intercambio material, *rib der stoffwessel*, aparece en el libro III (cap. 47) de *El capital*: “Génesis de la renta de la tierra capitalista” (Löwy, 2011: 66).

Los procesos metabólicos son una constante histórica necesaria, pero cambian sus formas: la apropiación de materiales y energía, la transformación, la distribución o circulación, el consumo, y la excreción de materia y energía degradadas, en el sentido de su disipación, destrucción, o no aptitud para ser reutilizada.

El proceso metabólico sociedad/naturaleza se relaciona con la segunda ley de la termodinámica. La primera ley se vincula con el carácter del planeta Tierra en cuanto sistema cerrado de flujos de materia, donde todo se transforma y nada se pierde, en términos cuantitativos. La segunda, en cambio, formulada y demostrada por Nicholas Georgescu-Roegen, aborda el aspecto cualitativo, mostrando un proceso por el que la vida en el planeta degrada la cualidad de materiales y energía, reduciendo en el tiempo sus posibilidades de reutilización (Georgescu-Roegen, 2012: 13, en Cárcamo, 2013). El metabolismo social humano, en su fase de totalización de la relación capitalista, ha acelerado el proceso de entropía. Los indicadores de la crisis ambiental, calentamiento global, cambio climático, pérdida de biodiversidad, polución, desplazados ambientales, etc., son síntomas de este proceso. La aceleración del proceso entrópico y la generación de conflictividad socioambiental distributiva o valorativa se pueden producir en cada uno de los procesos sociometabólicos, desde la apropiación a la secreción.

Aquí, Marx puede dar nuevamente un criterio de comprensión crítica, dado que en el contexto de la relación social capitalista totalizada, la selección y utilización de materiales y energía en los procesos metabólicos de apropiación, transformación, circulación, consumo, secreción, tiene un sesgo motivado por el proceso de valorización del capital.

En el proceso capitalista, como quedó visto, las determinaciones del trabajo vivo son objetivadas como producción de valores de cambio. Lo mismo sucede con la naturaleza. Su rica diversidad se ve reducida a un conglomerado de valores de cambio, cuya única cualidad específica es ser mercancías. En ambos casos, la riqueza de las determinaciones concretas del trabajo y de los bienes ambientales provistos por la naturaleza y sus ecosistemas se reducen, corroen, destruyen. El intercambio entre los seres humanos y la naturaleza toma existencia como valor de cambio. La existencia concreta, natural, como valores de uso basados en las necesidades de la reproducción de la vida humana en su circuito natural y las propiedades concretas de la naturaleza, desaparecen en el proceso de cambio. Humanidad y naturaleza han sido degradadas en ese proceso.

Este proceso multiplica la conflictividad social entre grupos, localidades, regiones y estados, en la medida en que la distribución de bienes y servicios ambientales, así como de desperdicios y polución, es desigual. Al mismo tiempo, expresan el conflicto entre el sesgo de mercantilización de la naturaleza y la pluralidad de formas culturales de valoración de la relación con esta. Es decir, la corrosividad del sociometabolismo capitalista genera conflictos socioambientales distributivos y de valoración.

En la medida en que se van subsumiendo todas las formas de vida y más aspectos vitales (y aquí lo vital nunca se piensa al margen de la relación con la naturaleza) en la relación social capitalista, la depredación ecológica y la cultural van de la mano. Se trata de un campo que, por un lado, se da entre los límites naturales a los procesos de metabolismo social y, por el otro, es una relación práctica moral y política entre los seres humanos, y cómo distribuyen, conciben y usan las implicancias sociales y ecológicas de sus capacidades metabólicas frente a la naturaleza. Se trata de un proceso en el que se juega el destino de la vida de la especie humana en su circuito natural.

PLURALISMO JURÍDICO

La pluralidad de formas de metabolismo social supone la potencialidad de recuperar y construir formas de coevolución sostenible entre sociedad y naturaleza, más allá de la aceleración entrópica que supone la totalización extensa e intensa de la relación social del capital.

El pluralismo jurídico, como sostienen Renata Ovenhausen Alvernaz y Antônio Carlos Wolkmer (2010: 195), es una situación de hecho antes que una construcción teórica. Está relacionado con la emergencia concreta de las experiencias de juridicidad. Cada una de las formas concretas que toman los procesos sociometabólicos de apropiación, transformación, circulación, consumo y secreción, se relacionan con formas de derecho que no pueden escindirse de procesos culturales de valoración de la naturaleza. En los conflictos socioambientales, donde no solo se juega la distribución sino la heterogeneidad de valoraciones, emerge también la copresencia de distintas formas de derecho con pretensiones en pugna. Estos conflictos pueden relacionarse con una diversidad de situaciones en las que los procesos metabólicos se conectan con diversos modos de producción del poder y del derecho (Santos, 2000: 297 y ss.), y resulta que frecuentemente en América los conflictos socioambientales son escenarios que pueden comprenderse, también, como de pluralismo jurídico conflictivo.

En ciertas oportunidades, los conflictos socioambientales se pueden solucionar en el marco del derecho estatal constitucional y legal, mediante la subsunción de las circunstancias del caso en el derecho o de la ponderación en los casos de concurrencia de derechos. Pero si se observan las estadísticas acerca de conflictos socioambientales que propone Martínez Alier (2011: 54), al menos el 50 % de ellos involucran pueblos originarios y diferencias de valoración sobre los territorios, y la relación con la naturaleza. Allí los saberes prácticos metabólicos de coevolución con la naturaleza no extractivistas o en transiciones al postextractivismo, de sustentabilidad fuerte, resisten los marcos jurídicos estatales de comodificación de los bienes naturales. Frecuentemente, exponen el conflicto entre los derechos de los pueblos originarios en su relación con el territorio y los marcos de regulación jurídica del extractivismo. En general, involucran aquello que dicho autor ha denominado ecologismo popular.

Al mismo tiempo, las opciones de metabolismo social, basadas en sapiencias prácticas de reciprocidad y coevolución con la naturaleza, muestran una dimensión de pluralismo jurídico emancipatorio e instituyente. En cuanto “nuevos” derechos que luego logran reconocimiento estatal, tienen su origen en las resistencias populares en conflictos que afectan de un modo u otro diversos procesos metabólicos y discuten la (in)justicia ecológica, como por ejemplo la soberanía alimentaria, el derecho al agua, los derechos de *paccha mama*. El *tempo* social y coevolutivo de estos derechos es complejo: muchas veces expresan saberes prácticos de la actividad humana satisfactora

de necesidades, forjados en tiempos largos de metabolismo con la naturaleza. Su carácter instituyente surge cuando estas prácticas, que generalmente no pueden considerarse nuevas, son reconocidas por el Estado.

El reconocimiento estatal y constitucional, aunque se produzca en procesos constituyentes populares —como han sido los casos de Bolivia y Ecuador—, abre todas las potencialidades y peligros de una relativa indeterminación del derecho que depende del grado de correspondencia entre el proyecto constitucional pluralista e intercultural y las relaciones de poder fácticas que se juegan en los conflictos socioambientales concretos y los derechos plurales que ponen en juego. Aquí el Estado vive tensamente su carácter de “capitalista colectivo en idea”, y su necesidad de legitimación democrática, su peculiar condensación de una relación de fuerzas entre clases y fracciones, etnias, regiones y géneros. Pero generalmente predomina su relación con la naturaleza a través de “regímenes de naturaleza” que ubican a esta última como “recurso”, o en el mejor de los casos como “ambiente”.

Los conflictos socioambientales en los que se enfrentan distintas prácticas y concepciones culturales sobre la relación sociometabólica son un campo de enfrentamiento entre las formas jurídicas de la acumulación por despojo, término que se toma prestado de Aleida Cervantes Saavedra, que se presentan como dispositivos jurídicos que protegen los intereses de las corporaciones y de los estados del norte global, beneficiarios ambos del intercambio desigual de flujos de materia y energía. La protección de la propiedad intelectual, de las inversiones de las corporaciones petroleras y de la megaminería, de las empresas agrobiotecnológicas, de las que comercializan y son concesionarias de agua y saneamiento, de las corporaciones que concentran la producción y distribución de alimentos y medicinas en vinculación con las “elites clientela” y tributarias en los estados, donde estas prácticas extractivistas se vuelven política (sea con retórica neoliberal o desarrollista). Así también la desregulación de los fondos especulativos financieros, que proponen crear marcos jurídicos que permitan derivados de bienes ambientales y permisos de emisión de gases de efecto invernadero desde la retórica de la “economía verde”.

Por otro lado, los derechos de los pueblos integran sus sapiencias de relación con la naturaleza en una noción de soberanía ampliada a este aspecto material y cultural que se plasman en nuevos derechos emergentes, derechos de la naturaleza, y derechos bioculturales que articulan en una unidad inescindible la pluralidad de sociometabolismos y culturas de relación con la naturaleza, oponiéndose así al pensamiento único del gran depredador material y cultural. El giro descolonizador y los bienes públicos relacionales tutelados por los derechos emergentes

se juegan en la capacidad de ir generando una redistribución del poder hacia la interculturalidad que permita un diálogo, no una retórica de multiculturalidad políticamente correcta, entre prácticas y sapienciales diversas. De esta manera, el giro descolonizador y las transiciones al postextractivismo a partir de una ecología de saberes son la frontera de una ecología de liberación en la región. Al mismo tiempo, la forma en que se van resolviendo los conflictos socioambientales marcan, por ejemplo en los estados en los que la voluntad descolonizadora se asume en el proyecto constitucional (Ecuador, Bolivia), una de las variables para medir la coherencia entre políticas públicas y marco constitucional.

MÉTODO: ESBOZO

Continuando el carácter inicial, provisorio y abierto de estas reflexiones, cerrar con una escueta mención de la intención: echar mano de la caja de herramientas marxiana, en el prolegómeno de una próxima y necesaria reflexión metodológica vinculada con lo que se viene discutiendo.

Parece que un análisis del derecho en términos de superestructura o de instancia social relativamente autónoma con eficacia específica resulta insuficiente para abordar relacionamente la articulación entre pluralismo jurídico, conflictos socioambientales y metabolismo social. En cambio, el Marx del método de la elevación de lo abstracto a lo concreto, entendido como la síntesis de múltiples determinaciones, parece aquí mucho más prometedor.

En los párrafos metodológicos de los *Grundrisse*, Marx utiliza categorías comprensivas de procesos sociales que se articulan en una respectividad compleja. Se trata de categorías determinantes que escapan a la parcelación disciplinaria, donde el proceso de explicación va ascendiendo y descendiendo en distintos niveles de generalidad y peculiaridad, pero que en situación de conflictividad socioambiental concretan la relación entre procesos metabólicos y modos de producción del poder y del derecho diversos: “Lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones; porque es, por lo tanto, unidad de lo múltiple” (Marx, 1976: 24). El trabajo vivo, su circuito natural de producción y reproducción, se enfrentan como exterioridad radical, como alteridades radicales, cuando muestran la pluralidad de sus determinaciones sociometabólicas y culturales, cuando son la “nada” del capital (Dussel, 2010: 138-139).

En el futuro inmediato, se trata de aplicar este marco metodológico crítico para abordar situaciones de pluralismo jurídico en conflictividad socioambiental. Si en trabajos anteriores se ha hecho desde una mirada que enfatizaba más en la conflictividad socioambiental de valoraciones incompatibles a partir de distintas formas culturales de

relación con la naturaleza (Medici, 2012), en este escrito se procuró complementar y completar esos análisis con la herramienta marxiana de las relaciones sociometabólicas.

BIBLIOGRAFÍA

- De Sousa Santos, B. 2000 *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Vol. I Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática (Bilbao: Desclée de Brouwer).
- Dussel, E. 2010 *La producción teórica de Marx. Un comentario de los Grundrisse* (Buenos Aires: Docencia).
- Georgescu-Roegen, N. 2012 “La ley de la entropía y el proceso económico. Introducción”, en Salvador Cárcamo, José 2012 *Bioeconomía y desarrollo en América Latina y el Caribe* (Buenos Aires: Acercádonos Ediciones).
- Löwy, M. 2011 *Ecosocialismo. La alternativa radical a la catástrofe ecológica capitalista* (Buenos Aires: Herramienta).
- Martínez Allier, J. “Conflictos ecológicos y justicia ambiental”, en Álvarez Camtalapiedra, Santiago (coord.) 2011 *Convivir para perdurar. Conflictos ecosociales y sabidurías ecológicas* (Barcelona: Icaria).
- Marx, K. 1968 *Manuscritos: economía y filosofía* (Madrid: Alianza).
- Marx, K. “El método de la economía política”, en Marx, Karl y Engels, Friedrich 1976 *Obras* (Barcelona: Grijalbo).
- Marx, K. “Crítica del programa de Gotha”, en Marx, Karl y Engels, Friedrich 1973 *Obras escogidas*, tomo V (Buenos Aires: Ciencias del Hombre).
- Marx, C. 1955 *El capital, tomo 1* (La Habana: Ediciones Venceremos).
- Medici, A. 2012 *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial* (Aguas Calientes, San Luis Potosí: Cenejus, Facultad de Derecho UASLP, Educación para las Ciencias en Chiapas).
- Toledo, V. M. y González de Molina, M. “El metabolismo social: las relaciones entre la sociedad y la naturaleza”, en Garrido, Francisco, González de Molina, Manuel, Serrano, José Luis y Solana, José Luis (eds.) 2007 *El paradigma ecológico en las ciencias sociales* (Barcelona: Icaria).
- Wolkmer, A. C. y Ovenhausen Albernaz, R. “As questoes delimitativas do direito no pluralismo jurídico”, en Wolkmer, Antônio C., Veras Neto, Francisco Q., Lixa, Ivone M. 2010 *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade* (São Paulo: Saraiva).

LA GUERRA ECONÓMICA EN VENEZUELA

Sonia Boueiri Bassil*

“El americano no quiere ser gobernado por nadie, á menos que sea un jefe de su país; no obedece á ningún europeo, sobre todo si es español, ó, si le obedece, no es sino aguardando la ocasión de sacudir el yugo. Cada provincia de América quiere ser gobernada á su manera: lo que es bueno para el reino de Santa Fe [actual Colombia], no es conveniente para Venezuela, aunque estos países sean limítrofes”.

Morillo, general español, en 1816
(Larrazábal, 2008: 235)

1. PRESENTACIÓN

La *Revolución Bolivariana* pretende ser una respuesta alternativa al patrón globalizador neoliberal mundial. Su arrojado cuestionamiento al capitalismo como “modelo exitoso” ha sido retribuido como es de esperarse; desde hace 20 años ha recibido múltiples y feroces ataques: golpes militares, intentos de magnicidios, sabotajes petroleros, tergiversación mediática, bloqueos, sanciones y múltiples formas de intervencionismo, incluyendo la amenaza militar externa. En la actualidad, se viene aplicando una modalidad denominada *guerra económica* (o guerra no convencional) que embiste de manera sigilosa y sin “caras visibles”, y ha logrado causar una de las peores crisis de la historia con enormes daños a la población. La *guerra económica* es un instrumento de lucha política que busca perturbar el funcionamiento de la economía para hacer ingobernable un país, desestabilizar la vida cotidiana de los ciudadanos por la vía de negarle o dificultarle el alimento, los bienes y servicios básicos, y provocar en última instancia un cambio del régimen político (Crimson King, 2014), deslegitimando

* Abogada venezolana. Doctora en Derecho de la Universidad del País Vasco y máster en Sociología Jurídica en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, España. Profesora titular en la Escuela de Criminología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes, Mérida (Venezuela). Investigadora de Clacso. soniabbassil@gmail.com.

así su modelo ideológico por “fracasado”. Si sus efectos no fueran tan bestiales, serviría también el calificativo —muy utilizado— de *golpe suave*, ya que no se usan las herramientas convencionales, típicas de cualquier guerra.

Esta modalidad se ejerció con mayor intensidad desde que el presidente Chávez comenzó hacia el año 2012, con cierta rigurosidad, a analizar las estructuras de costos y cuestionar los porcentajes de ganancias de muchos de los productos de primera necesidad, intentando regularlos. Se agudizó luego de su muerte y ha puesto de manifiesto la enorme necesidad de transformar, con urgencia, el histórico modelo económico rentista petrolero, hacia un modelo más diversificado que haga al país menos dependiente de las importaciones y de las divisas provenientes de la exportación petrolera. Coincidió (¿casualmente?) con una baja brusca de los precios petroleros: de más de cien dólares que se recibían por barril en el 2012, llegó hasta los veinte en 2016.

En las próximas líneas se procurará exponer los rasgos más importantes de la *guerra económica*: cómo surge, su dinámica y propósitos, y las maneras en que se ha afrontado. Por su naturaleza multidimensional, la *guerra económica* es compleja de explicar, por lo que se ha preferido hacer una aproximación crítica desde la perspectiva sociojurídica y no economicista, aunque se considerarán elementos básicos de la economía.

2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE VENEZUELA Y LA REVOLUCIÓN BOLIVARIANA

El presidente Hugo Chávez recibía en 1999 un país con inflación de 103 % y una quiebra bancaria masiva. Afirmaba que, de las necesidades alimentarias totales, aproximadamente un tercio era cubierta por producción local, otro por importaciones y el restante debía contabilizarse como hambre, desnutrición y necesidades básicas insatisfechas (Chávez, 1998). Cerca del 80 % de la población estaba en situación de pobreza (del cual el 46 % correspondía a situación de pobreza estructural, y pobreza extrema o indigencia). El petróleo se vendía (o regalaba) a ocho dólares el barril, y la dependencia de él permanecía como un rasgo estructural que ha determinado la orientación de la economía nacional. Este sector aportaba más del 70 % del valor de las exportaciones. Durante el siglo XX, Venezuela fue, por muchas décadas, el primer exportador de petróleo del mundo, lo que significó recibir los dólares necesarios para importar todo cuanto no producía; ese era el esquema que guiaba lo económico y la vida cotidiana.

El éxodo poblacional hacia las zonas petroleras complicó aún más la situación del campo, por lo cual la actividad agrícola tenía poco desarrollo. Proliferaban los latifundios, mientras la naciente democracia

presenciaba, pasivamente, el drama de los asentamientos humanos en las grandes ciudades, al margen de todas las ventajas de *la modernidad*. No por casualidad surgía la delincuencia urbana a la par de los cinturones de miseria. Llegado el siglo XXI, aproximadamente la mitad de la población vive en esas aglomeraciones de ranchos ubicadas en los terrenos menos aventajados, equivalentes a las favelas o villas miseria en América Latina. Una quinta parte no contaba ni siquiera con documento de identificación personal.

Chávez se proponía ejecutar un proyecto *radical* a largo plazo: cambiar el esquema de apertura petrolera al capital foráneo, ya que, como él decía, era en parte un capítulo contemporáneo de una política concentradora de riqueza, concentradora de poder y concentradora de población: “Este modelo no puede modificarse sino con una profunda transformación estructural de la economía venezolana, la cual emanará del *proceso constituyente* que planteo, fortaleciendo la *autodeterminación* de Venezuela y el desarrollo de su *soberanía*, la integración latinoamericana y la promoción de un *nuevo orden económico internacional*, buscando una relación pluripolar dentro del proceso de globalización (distinto del unipolar, en cuya cabeza se encuentra Estados Unidos luego de la caída de la URSS)” (Chávez, 1998). La naturaleza de ese proyecto, impulsado por la *Revolución Bolivariana*, ha intentado construir espacios de soberanía antiimperialista, entendiéndolo como un proyecto nacional continental: la Patria Grande (Damiani, 2015). Es bueno recordar aquí que Chávez llegó a catalogar como “ilegal” la deuda externa, cuyo pago consumía buena parte del presupuesto nacional. No es de extrañar, entonces, la animadversión que generó este proyecto revolucionario desde los primeros años.

Aun gozando de las reservas de petróleo más grandes (ya en 2011 se había certificado el 20 % del total mundial), en 2001 Chávez lanzó un programa de gobierno¹ en el que se proponía la diversificación de la economía (desarrollo de actividades no petroleras), y en lo territorial la descentralización y desconcentración poblacional, invirtiendo en infraestructura para el hábitat a lo largo del territorio, generando polos de desarrollo en el país. En ese sentido, presidió la entrega de miles de hectáreas de latifundios baldíos como inicio de una reforma agraria radical para acabar con una situación sangrante: mientras que unos cientos de propietarios acaparaban el 70 % de las tierras cultivables, el país debía importar casi todos los alimentos que consumía

1 El segundo, denominado “Líneas generales del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2001-2007”, con el que seguiría desarrollando el esquema estratégico del primero.

la población². Más adelante, y para intentar cambiar la redistribución económica del país, Chávez aprobó por decretos ley un conjunto de 49 leyes habilitantes. Entre ellas estaba una nueva ley de hidrocarburos, más favorable a los intereses nacionales; una ley de pesca que prohibía el método de arrastre, y la ley de tierras, que afectaba a grandes terratenientes.

En abril de 2002 se sufrió y venció un golpe de Estado militar, apoyado por países como Estados Unidos, Colombia y España, catalogado como el primer *golpe mediático* (Brito, 2004). En diciembre de 2002 la oposición anunció un “paro cívico”, en simbiosis con un paro petrolero, que se escenificó como un sabotaje a las instalaciones de la principal industria petrolera del país (PDVSA), y dejó a la población sin suministro de gasolina (y, por tanto, de insumos) por más de tres meses. Aunque fue igualmente vencido con el liderazgo del presidente y con la participación popular, no se evitó el daño por la paralización del país, con pérdidas estimadas en 18.000 millones de dólares (casi la mitad de la deuda externa del momento). Curcio (2016b: 2) afirma que a partir de 2003 las intenciones de desestabilización política y social continuaron, ya no con estrategias de no cooperación económica mediante el llamado a huelgas, sino con prácticas de boicot económico. Desde el 5 de febrero de 2003, el Estado se vio obligado a implantar un control cambiario, motivado sobre todo por la fuga masiva de capitales. El dólar, desde ese entonces, no es un bien que se puede adquirir libremente. El proceso revolucionario decide profundizarse y pone en marcha un conjunto de *misiones sociales*, comenzando por un Plan Estratégico de Seguridad Alimentaria producto de la escasez derivada del paro, y ahonda en la reestructuración de su industria petrolera, hasta hace poco, una *caja negra*.

En el año 2005, Chávez propuso abiertamente trascender el modelo fallido y nefasto del capitalismo, y planteó una opción para Venezuela denominada *Socialismo del siglo XXI*. Esta propuesta, que tuvo impacto a escala mundial, rompía con el paradigma de “el fin de la historia” que invalidaba el cuestionamiento del sistema económico global imperante.

Ya en 2007 la pobreza extrema había bajado a 9,4 %, la inversión en educación se elevó al 9 % del PIB, y el índice de desarrollo humano de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ubicaba al país en el rango alto con 0,878. No obstante, muchos de los problemas estaban vinculados directamente con la economía: los retos en

2 A las pocas semanas, el ministro de Defensa alertó de la existencia de planes para asesinarlo; afirmó que era gente que quería reeditar lo que pasó en Chile con Salvador Allende (Báez y Elizalde, 2004: 381-383).

la productividad (soberanía alimentaria), la especulación e inflación, que guardaron históricamente estrecha relación con el esquema cultural rentista petrolero (menor esfuerzo-mayor ganancia) y con ese rasgo prerracionalista propio de lo que Delgado (1994: 23), citando a Weber, llamó “el capitalismo de los aventureros y de rapiña [...]”.

Al poco tiempo de iniciado el segundo mandato presidencial de Chávez se aprobó el “Proyecto Nacional Simón Bolívar. Primer plan socialista. Desarrollo económico y social de la nación 2007-2013”³, que concentraba aspectos como el desarrollo progresivo de la propiedad social sobre los medios de producción, la implementación de sistemas de intercambios justos, equitativos y solidarios contrarios al capitalismo, el avance hacia la superación de las diferencias y la discriminación entre el trabajo físico e intelectual, y reconocer al trabajo como única actividad que genera valor y, por tanto, legítima el derecho de propiedad. Se planteaba que el modelo productivo estaría conformado básicamente por las empresas de producción social (EPS)⁴, que constituyen el germen y el camino hacia el *Socialismo del siglo XXI*, aunque persistirían empresas del Estado y empresas capitalistas privadas. En las EPS los trabajadores se apropiarían del excedente económico resultante, que se repartiría en proporción a la cantidad de trabajo aportado. El Estado conservaría el control total de las actividades productivas de valor estratégico.

Todas estas iniciativas se desarrollaron en bajo grado; sin embargo, hubo avances significativos en lo sociopolítico: tomaron fuerza nuevas formas organizativas, destacando la figura del consejo comunal como expresión colectiva vanguardista del modelo participativo y protagónico de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) como instancia ciudadana que integra a todas las organizaciones existentes a escala local para la consecución de objetivos y proyectos colectivos, de acuerdo con un nuevo enfoque de desarrollo local sostenible.

Para las elecciones presidenciales del 2012, Hugo Chávez elaboró el *Programa de la Patria* con miras a un “Segundo plan socialista de desarrollo económico y social de la nación 2013-2019”. Lo presentó como su programa oficial de gobierno ante el Consejo Nacional Electoral (CNE). Allí señaló: “Este es un programa que busca traspasar la barrera del no retorno” (Asamblea Nacional, 2013: 5). En las

3 Sus aspectos más relevantes pretendían complementar el primer plan (2001-2007).

4 Es más bien una condición que adquieren las empresas convencionales para asemejarse a la filosofía cooperativista. Es distinto de las unidades de producción comunitarias.

elecciones del 7 de octubre, el pueblo venezolano le dio un contundente respaldo. Este plan estableció una importante evolución metódica, con cinco grandes objetivos permanentes o históricos. A grandes rasgos, hizo hincapié en la necesidad de conservar la independencia nacional alcanzada en estos años, preservando la soberanía sobre los recursos petroleros, en particular, y los naturales en general. También puso como objetivo estratégico el logro de la soberanía alimentaria, desencadenando el potencial agroproductivo. Instó a acelerar el cambio del sistema económico: eliminar definitivamente el latifundio, combatir la usura y la especulación, y consolidar el aparato agroindustrial bajo control de empresas socialistas. Así mismo, desarrollar el sistema económico comunal con las distintas formas de organización socioproductiva: empresas de propiedad social directa, unidades familiares, grupos de intercambio solidario y demás formas asociativas para el trabajo. El objetivo clave era la erradicación total de la pobreza extrema.

El plan también estableció la contribución del país al desarrollo de una nueva geopolítica internacional en la cual tomara cuerpo un mundo multicéntrico y pluripolar. Fortalecer Petrocaribe, la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac), que se habían logrado concretar. Seguir sumando esfuerzos para desmontar el sistema neocolonial de dominación imperial, eliminando o reduciendo a niveles no vitales el relacionamiento económico y tecnológico del país con los centros imperiales de dominación, especialmente en sectores estratégicos para la soberanía nacional. El nuevo *Programa de la Patria* se proponía conformar una red de relaciones políticas con los polos de poder emergentes instando a establecer un esquema muy particular de producción ecosocialista, menos depredador.

En cuanto al sistema de justicia interno, se propuso igualar el acceso a la administración de justicia y erradicar el carácter clasista y racista en su aplicación; y promover la construcción del Estado social de derecho y de justicia a través de la consolidación y expansión del poder popular organizado (Asamblea Nacional, 2013).

Con este plan se tenía mucha más claridad sobre el rumbo indeclinable de la Revolución Bolivariana, cuya ideología y prácticas tenían influencia en diversas latitudes. Se proponía, en lo económico, fomentar medios de pagos alternativos que modificaran la influencia del dólar estadounidense como patrón referencial en el comercio internacional —debilitar la llamada *dictadura mundial del dólar*—. Con esta atrevida propuesta se “derramaría el vaso” de los dueños del capital internacional, que tampoco veían con buenos ojos el fortalecimiento

de los *estados soberanos*. Así pues, en el ámbito interno, se arreciaba la tenaz práctica *oposicionista* a toda política gubernamental, con fuerte influencia (guía y financiación) desde el exterior. Esta vez no bastaba utilizar los medios masivos de comunicación para negar, tergiversar o banalizar los avances del Gobierno, y en muchas ocasiones sabotearlos, se debía *caotizar* la vida cotidiana, hasta neutralizar la movilización popular y hacer inviable la gestión pública. La *vitrina bolivariana* debía ser apedreada para mostrar cómo las iniciativas contrahegemónicas —socialistas— “solo traen miseria al pueblo”.

3. LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN EL RETO PRODUCTIVO Y ALGUNAS LEYES QUE LA PROMUEVEN

La CRBV de 1999 incluyó, en el artículo 70, medios de participación y protagonismo del pueblo; en lo político, “[...] la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas [...]”.

Como se puede observar aquí, y a lo largo de la CRBV, en lo económico el proyecto revolucionario no contó con mucha claridad ni solidez; no fue unívoco, pero paulatinamente fue desarrollando su propio andamiaje jurídico, más impulsado por la interpretación del momento que fue viviendo: sus avances, asechanzas y fortalezas, estas últimas cimentadas en el apoyo interno que fue adquiriendo de los sectores populares concientizados y movilizados. Por eso su líder invirtió tanto tiempo en grandes jornadas pedagógicas, comunicándose con un lenguaje llano y directo a través de todos los medios posibles. No obstante, los tiempos legales y los de maduración social no siempre fueron de la mano. Por eso, quizá, ha habido tanto despilfarro legislativo, e incluso institucional; pero se ameritarían estudios más específicos de cultura del venezolano, y concretamente de materia jurídica (su resistencia a la norma, su comportamiento ambivalente ante esta, el descompás entre producción y asimilación de legislación revolucionaria, etc.), para entender cómo el andamiaje normativo prolifera a pesar de la enorme ineficacia de muchas leyes. En todo caso, Chávez siempre *pecó por exceso*. Creó abundantes iniciativas socioeconómicas, modificando todas las leyes que fueran necesarias, usando el método ensayo-error, intentando interpretar el sentimiento y las necesidades del pueblo. Tarea, por cierto, en la que tenía buen tino.

En el año 2008, por ejemplo, se aprobó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, que en su artículo 15 incluyó las *misiones* como una nueva forma organizativa que conviviría con los órganos y entes de la Administración Pública Nacional. Las *misiones sociales* se crearon con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población, no necesariamente siguiendo los canales y formalidades impuestos por las instancias competentes en la materia abordada. A comienzos de 2018 existían más de 30 misiones, entre estas la Misión Robinson (1,5 millones de venezolanos alfabetizados), Ribas (para sacar el bachillerato de manera más flexible), Sucre (cientos de miles de personas que transitan a la educación superior), Mercal (mercado de alimentos a precios justos), Barrio Adentro I, II y III (asistencia médica a millones en sus propios barrios y atención integral de salud), Gran Misión Vivienda Venezuela (más de dos millones de viviendas nuevas entregadas a familias damnificadas o carentes de ellas).

En diciembre de 2010 se creó un conjunto de leyes importantes, catalogadas como *leyes del poder popular*, que tenían entre sus fundamentos y principios incentivar la transferencia y la resignificación del poder, promover la participación en todos sus niveles y la organización como sujeto protagónico de primer orden en los asuntos públicos. Entre ellas se pueden mencionar la Ley Orgánica del Poder Popular (2010), para actuar coordinadamente en la ejecución del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación. Establece que las organizaciones socioproductivas de propiedad social comunal gozan de prioridad y preferencia en los procesos de contrataciones públicas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras. Instituye como instancias del poder popular el consejo comunal, la comuna y la ciudad comunal, entre otras.

Por su parte, la Ley Orgánica de las Comunas (2010) pretende la construcción de sistemas de producción, distribución, intercambio y consumo de propiedad social. Otra ley esencial es la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (2010), y su Reglamento (2012), que tienen por objeto desarrollar y fortalecer el poder popular, estableciendo las normas, principios y procedimientos para la creación, funcionamiento y desarrollo del *sistema económico comunal*, entendido como el conjunto de relaciones sociales de producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, desarrolladas por las instancias del poder popular, el poder público o por acuerdo entre ambos, a través de organizaciones socioproductivas con formas de propiedad social comunal.

Igualmente, se aprobaron la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (2010) y la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno

(2010), y en el 2012 se aprobó la Ley Orgánica para la Transferencia al Poder Popular de la Gestión y Administración Comunitaria de Servicios, Bienes y otras atribuciones, que conciben las empresas comunales como unidades económicas, con patrimonio indivisible, propiedad social comunal, objeto de producción de bienes o la prestación de servicios que se ha transferido a la comunidad.

Como ejemplo del desfase entre leyes tan emancipadoras y la realidad, en octubre de 2012, luego de su victoria para el nuevo periodo —que no pudo llegar a ejercer por razones de salud—, el presidente Hugo Chávez hizo un profundo llamado a la crítica y la autocrítica, a multiplicar la eficiencia y a fortalecer el poder comunal para el nuevo ciclo *de la transición hacia la construcción del socialismo*. En este llamado *golpe de timón*, Chávez lanzó la consigna “¡Comuna o nada!”, reflexionando duramente sobre el escaso avance que se había tenido en la creación de estas formas organizativas, y supeditó el éxito de la *revolución (socialista)* a ellas. Le encomendó al recién nombrado vicepresidente de la república, Nicolás Maduro, y a todos sus ministros, concentrar las políticas públicas en territorializar estos modelos de desarrollo y mejorar la eficiencia en la gestión pública. Cabe recordar que “la comuna es un espacio sociopolítico definido por la integración de comunidades vecinas con una memoria histórica compartida, rasgos culturales, usos y costumbres, que se reconocen en el territorio que ocupan y en las actividades productivas que les sirven de sustento, y sobre el cual ejercen los principios de soberanía y participación protagónica como expresión del poder popular, en concordancia con un régimen de producción social y el modelo de desarrollo endógeno y sustentable contemplado en el Plan Nacional de Desarrollo” (Briceño, 2014: 23). La meta es ir concretando paulatinamente la transferencia de competencias hasta lograr el autogobierno comunal, e ir modificando la base productiva del país⁵. Esto guarda estrecha relación con lo que Chávez denominó *la nueva geometría del poder*. Tenía muy claro que la revolución política era previa a la económica, pero que ya urgían cambios profundos sobre esta última (Chávez, 2012: 16).

Tras la muerte de Chávez, el 5 de marzo de 2013, el candidato presidencial Nicolás Maduro presentó el segundo *plan socialista* como su programa oficial y, tras su triunfo el 14 de abril de 2013, la Asamblea Nacional lo sancionó como Ley del Plan de la Patria en diciembre de 2013. La oposición, como siempre, cantó fraude y llamó a

5 Según distintas fuentes oficiales, en diciembre de 2014 ya existían más de 900 comunas, el 70 % de las cuales eran productivas económicamente. Para el año 2017 ya se contabilizan 1.800.

protestas para drenar la rabia producida por perder aun sin Chávez⁶. El Gobierno declaró una nueva etapa de un plan conspirativo que había comenzado desde su enfermedad para aprovechar la inestabilidad que produciría eventualmente su muerte. Podría afirmarse, sin duda, que la ausencia de su liderazgo se ha sentido, al menos, en la Celac, la Unasur y el Mercosur, y ha avivado a la derecha continental para la retoma de importantes espacios de poder.

4. LA GUERRA ECONÓMICA Y FINANCIERA COMO INSTRUMENTO ELECTORAL Y DESESTABILIZADOR

Durante el segundo semestre de 2013, empresarios y comerciantes inescrupulosos elevaron indiscriminadamente los precios de casi todos los productos, que llegaron en algunos casos a incrementos injustificados del 2.000 % en sus ganancias. Esto iba acompañado del acaparamiento de algunos bienes esenciales que distorsionaban la dinámica de oferta y demanda, y un brutal ataque contra la moneda nacional a través de portales electrónicos dirigidos desde Miami y Cúcuta, donde se “calculaba” un supuesto tipo de cambio paralelo al alza, que servía a los comerciantes como referencia para la formación de precios. Se esperaba que la *guerra no convencional* actuaría como olla de presión al estimular la acumulación de frustraciones en amplias capas de la población que se disiparían al cabo de un tiempo, con un repentino estallido contrarrevolucionario (Minci, 2014). Pero el recién estrenado presidente Maduro respondió con un plan de inspecciones en muchas empresas y comercios, con la finalidad de obligarlos a bajar los precios y vender la mercancía de acuerdo con la normativa que prohíbe la usura y la especulación. Esto permitió llegar a las elecciones municipales del 8 de diciembre de 2013 con cierta paz y desahogo económico de las clases trabajadoras⁷. El chavismo ganó el 76 % de las alcaldías, con un promedio de once puntos de ventaja (Minci, 2014: 5).

Unos días después el presidente llamó a un diálogo nacional, que se desarrolló con fluidez aun dentro de la diversidad de posturas. Paralelamente tomaba medidas contra problemas apremiantes en el país. El 23 de enero de 2014 dictó la Ley Orgánica de Precios Justos,

6 Grupos extremistas causarían la muerte de simpatizantes chavistas, la destrucción de instalaciones públicas y de sedes del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV).

7 Para estos comicios, los líderes de la oposición habían repetido durante toda la campaña que una derrota del chavismo conduciría a un final repentino de la administración de Maduro, lo que convertiría unas elecciones de carácter local en una especie de plebiscito presidencial.

que buscaba proteger a la población contra las prácticas de acaparamiento, especulación, boicot, usura, desinformación y cualquier otra distorsión propia del modelo capitalista, fijando como margen máximo de ganancia un 30 %⁸. Ese mismo día, dirigentes de derecha daban una rueda de prensa en la que llamaban a “prender la calle”, y Leopoldo López instaba a sus seguidores a mantener las acciones de protesta hasta *la salida* de Nicolás Maduro de la presidencia: “Hago un llamado a todo el país a mantener y aumentar la presión hasta quebrar la dictadura” (Minci, 2014: 45-46). Este llamado dispararía una cadena de eventos violentos y desestabilizadores planificados en el país, llamados *guarimbas*⁹, con un saldo de 43 muertos y centenares de heridos, y una duración de cinco meses.

El Gobierno llamó insistentemente a sus simpatizantes a no caer en la provocación de salir a hacerles frente a los *guarimberos*. Advirtió que lo que se estaba buscando era la llamada *pelea de perros*, que pondría a venezolanos contra venezolanos, generando un caos prolongado y aumentando posibilidades de una guerra fratricida que justificara luego una intervención extranjera. Por fortuna, el sector chavista reaccionó positiva y disciplinadamente a este llamado¹⁰, y podría afirmarse que buena parte de la población, en general, rechazó la violencia como práctica política.

Es conveniente agregar aquí que la guerra económica: “[...] debe preparar a la población para que, llegado el momento, cuando esté cansada de los altos precios y la escasez, apoyen cualquier salida política a la situación del país. Para ello es esencial desestabilizar la psiquis colectiva, bombardearla con falsas informaciones, rumores, medias

8 También acciona un nuevo Sistema Complementario de Administración de Divisas (Sicad), que regula su compra e intenta frenar el mercado negro para coadyuvar a controlar la inflación.

9 Entre febrero y junio de 2014 se activaron en las calles focos criminales absolutamente al margen de la ley, que mediante la colocación y quema prolongada de cauchos y basura interrumpieron el paso vehicular y peatonal; se utilizaron alambres de púas para generar daños, la colocación de guayas entre dos postes se convirtió en trampas para cazar seres humanos y degollarlos, se derramó aceite en las vías rápidas y se quitaron las alcantarillas para generar accidentes. Se trataba, en significativos casos, de una práctica terrorista que los medios de comunicación intentaron hacer pasar bajo el formato de protestas callejeras —pacíficas—. Incendiaron bosques, derribaron árboles, asesinaron personas que intentaban abrirse paso, se caceroleó a vecinos partidarios del chavismo, se les asedió y amenazó, se produjeron variadas agresiones contra la población, en general, y particularmente contra el pueblo chavista.

10 Se llegó a contabilizar, en su etapa más intensa, hasta 16.000 acciones de protesta al estilo *guarimba* en el país, especialmente desarrolladas en ciudades cuyas alcaldías eran lideradas por la oposición, con pérdidas económicas multimillonarias y la casi paralización del país.

verdades, datos tendenciosos que eleven el miedo y la incertidumbre en la ciudadanía. La conspiración económica induce a una situación de inestabilidad que promueve conductas irracionales, como las compras nerviosas, el acaparamiento doméstico o la violencia consumista, en un clima de oscuras profecías sobre el inminente caos económico y social. Es lo que llamamos la guerra psicológica, que eleva el grado de agresividad social. Al presentar la realidad como un caos fuera del control de las autoridades, busca atemorizar y a la vez irritar a la población. Se estimulan las fobias, los sentimientos más agresivos y violentos, y al mismo tiempo el pánico irracional ante cualquier rumor o información dada por cierta” (Crimson King, 2014).

El Gobierno denunció el llamado *golpe blando* para derrocarlo mediante una *guerra* sistemática, mediática y económica, que intentaba mermar su legitimidad a través del caos, la angustia, la desmoralización y el posicionamiento del odio político. Solo durante el año 2014, Venezuela padeció 103 declaraciones intervencionistas, por intermedio de vocerías oficiales de Estados Unidos, y Obama firmó un decreto en el que se señalaba al país como *amenaza inusual y extraordinaria para la seguridad interna de Estados Unidos*. Los medios de comunicación internacional se alinearon para presentar un país “en crisis”, con un gobierno antidemocrático fracasado y *hambreador* que se sostenía reprimiendo y matando al pueblo. Esto, a la par que el coeficiente de Gini iba rumbo a 0,340, y la educación, en todos los niveles, se había masificado, llegando incluso a una tasa bruta de matriculación universitaria cercana al 90 % (Asamblea Nacional, 2013). Ya para el mes de abril de 2018, el 100 % de los adultos mayores eran beneficiarios de una pensión de vejez homologada al salario mínimo, aunque en esta ocasión la hiperinflación la pulveriza. No obstante, el chavismo seguía enviando mensajes cuestionadores en torno a los mitos sagrados de la política y la economía, en un orden global cuya médula espinal se sostiene sobre la base de acrecentar el capital y no de privilegiar la razón social de las cosas.

Como bien lo explica la profesora Pasqualina Curcio, “la guerra económica contra el pueblo venezolano, dirigida por sectores que hacen oposición al Gobierno constitucional, es un buen ejemplo del funcionamiento de los mercados y del poder de los grandes capitales, cada vez más concentrados en pocas manos, que en busca de su propio interés, económico y político, pueden, con solo manipular visiblemente un par de variables y fijando precios que no se ajustan a la realidad, distorsionar economías y afectar a un pueblo entero, incluso sin ver comprometidas sus ganancias, a pesar de la situación de guerra” (Curcio, 2016a: 3). Los principales bienes de consumo del venezolano, afectados por el desabastecimiento, suelen ser los más necesarios y

difíciles de sustituir: alimentos, productos de higiene personal y del hogar, repuestos y partes para vehículos, lo que afecta el transporte y los medicamentos e insumos para la prestación de servicios de salud. Entre las razones que pretenden justificar esa supuesta caída de la producción se encuentran dos: la primera es que el Gobierno no les ha otorgado las divisas necesarias [a precio preferencial] para importar la materia prima e insumos para la producción; la segunda alude a que las políticas de control y regulación de precios¹¹ y la excesiva intervención de un Estado enmarcado en un modelo socialista fracasado ha inducido al cierre de las empresas para no trabajar a pérdida (Curcio, 2016b: 12).

Los estudios desarrollados por la autora atribuyen el problema de la escasez y los elevados precios a dos estrategias: la *inflación inducida*, principalmente a través de la manipulación del tipo de cambio en el mercado paralelo e ilegal, que se agudiza por la alta dependencia de las importaciones y porque el valor de la moneda siempre ha ejercido una influencia determinante sobre la economía real, y al *desabastecimiento programado*, que se explica por la concentración de la producción, de las importaciones y de la distribución de los bienes y servicios en pocas manos, esto es, la presencia de monopolios y oligopolios, aunada a la deficiente y baja intervención del Estado en la economía, como regulador de los monopolios (Curcio, 2016a: 3). La causa del desabastecimiento de varios alimentos no es la disminución de la producción. Por el contrario, tanto la producción como el consumo de los alimentos que han estado escaseando se han mantenido relativamente constantes desde 2012. Esto lleva a concluir que el problema está entre la producción y el consumo, es decir, en la distribución y el suministro, y se intensifica en momentos de alta tensión política o cercanos a procesos electorales (Curcio, 2016b: 2). Además, se encuentran en manos de pocos empresarios y son alimentos no perecederos o fáciles de conservar por un periodo de tiempo relativamente largo (ibíd.: 21-27).

Para entrar en detalles con datos, se puede observar mejor cómo se logra “empeorar” la situación económica en momentos políticamente convenientes: el promedio anual de incremento del tipo de cambio paralelo entre 1999 y 2011 fue de 26 %, mientras que a partir de 2012 y hasta 2015 fue de 223 % (Curcio, 2016a: 4-7). En la medida en que el tipo de cambio sea mayor, es decir, que se requieran más

11 El Estado, por ejemplo, ha autorizado el incremento de los precios de muchos productos, como el café, en marzo de 2016, y el arroz, en abril de ese año, y sin embargo estos escasean, al igual que otros productos de alto consumo, imprescindibles en la dieta del venezolano, como la harina de maíz precocida, el azúcar, las carotas, las pastas alimenticias, los huevos de gallina (ibíd.: 21-27).

bolívares para adquirir una divisa, el costo de producción y comercialización también será más alto, y por tanto el precio final del bien. Variaciones de este tipo solo podrían ser explicadas con aumentos similares de la liquidez monetaria o disminuciones bruscas de las reservas internacionales, lo cual no ha sido el caso. Sin embargo, el 70 % de los niveles de precios de la economía se explica por el tipo de cambio paralelo, aunque las divisas se hayan liquidado a un tipo de cambio oficial menor¹². Del total de divisas asignado para las importaciones, el 94 % se ha asignado al sector privado (Curcio, 2016a).

Por su parte, el Centro de Investigaciones en Procesos Económicos Entrópicos (Cipee, 2018c) coincide en que a partir del 19 de agosto del 2012 hay un cambio, inexplicable, inentendible, extraño, de la forma como se comporta el precio del dólar, pero concuerda con la campaña electoral en la que el comandante Chávez derrotó a su contendor; luego se aceleró y exponenció su valor, sin una razón real, o sin que medien condiciones objetivas de las riquezas del país, el pago de la deuda externa, catástrofes naturales o conflictos armados. Igualmente, no son factores económicos ni contables los que permiten explicar la escasez de medicamentos y productos de higiene en Venezuela desde 2012. Del total de las divisas asignadas para la importación de productos farmacéuticos, el 50 % se concentró en diez empresas, y el 80 % de las divisas se entregó a no más de 40 empresas, que son las más grandes corporaciones transnacionales de la producción y distribución de bienes farmacéuticos a escala mundial (Curcio 2016c: 3-4,11).

Otros estudios reafirman que las variables macroeconómicas del país no guardan relación con las explicaciones de los “expertos” de la economía formal, sino que aseguran que los factores que intervienen en esta guerra son el comunicacional, el psicológico y el típico elemento de la corrupción presente en estas turbulencias. “El factor psicológico ha sido uno de los elementos claves de mayor perturbación. Aquí podríamos hacer un largo análisis, pero baste decir que desde el mismo momento en que apareció el bolívar fuerte, la derecha mundial se dio a la tarea de minar la credibilidad de nuestra moneda” (Cipee, 2018a: 2).

Esta situación trabaja en sincronía con la *guerra financiera*, que en Venezuela “combina múltiples mecanismos, pero esto no siempre se rige por criterios económicos, se rige por criterios políticos. Por ejemplo, a diferencia de lo que indica la lógica financiera, los bancos extranjeros sistemáticamente le suben el *riesgo país*, a pesar de haber

12 El tipo de cambio oficial al cual se han liquidado las divisas hasta 2015 fue de 6,30 BS/US\$, mientras que el paralelo e ilegal fue de 14,5 veces mayor que el oficial debido a las manipulaciones.

sido siempre buena paga, e independientemente de los precios del petróleo. Cuando en septiembre de 2014 el presidente Maduro anunció una revolución económica y productiva en el país, los bancos subieron el riesgo país. En diciembre de 2015 la oposición ganó las elecciones parlamentarias, entonces los bancos lo bajaron. En noviembre de 2016 comenzaron los diálogos por la paz auspiciados por la Unasur y el Vaticano y volvió a subir el riesgo país. El riesgo país en Venezuela ha venido subiendo, pero curiosamente desde el 2014 más del 90 % de los tenedores de deuda pública decidieron no vender sus títulos, tienen confianza en el país más allá de lo que digan las calificadoras” (Telesur, 2016)¹³. Desde que se intensificó la guerra económica y financiera, a Venezuela se le presta dinero al interés más alto del mercado mundial, superior incluso al de países que están en guerra. Estados Unidos quiere recuperar protagonismo en la actividad extractivista petrolera¹⁴ y no ve con buenos ojos la avivada alianza con China y Rusia.

5. HACIA UNA GUERRA MULTIDIMENSIONAL O TOTAL

El significativo bajón en los precios petroleros a escala mundial, empujados por la utilización del método de la fracturación hidráulica o *fracking*, agravó enormemente la economía nacional desde hace al menos cuatro años, al igual que las múltiples omisiones, errores, ingenuidades o corruptelas cometidas por parte del sector oficial; pero el descalabro al que se ha llegado nunca hubiera sido posible sin las acciones orquestadas y financiadas desde el extranjero con objetivos claramente político-económicos.

Una parte importante de las manifestaciones legítimas de la oposición descontenta se decantó luego en acciones de tipo terrorista que dirigen bandas o grupos (pagados y bien pertrechados). De marzo a julio de 2017, y pese a la imposibilidad de la derecha de efectuar una clásica asonada militar, se intentó combinar la guerra económica con una nueva violencia callejera (*guarimbas* II parte), cuyo objetivo era lograr un caos incontrolable o una conmoción social de alta intensidad. Se cobró la vida de más de 120 personas y centenares de heridos.

13 Con respecto a las calificadoras de riesgo, en el 2013 las agencias redujeron la calificación riesgo país de Venezuela, a pesar de que cuenta con niveles promedio de endeudamiento por debajo de los de la región. Esto se ha venido acompañando de un bloqueo financiero: cuentas bancarias han sido unilateralmente cerradas en entidades tales como el Citibank, el Commerzbank y el Deutsche Bank (ídem).

14 Además de tener las reservas probadas más grandes del mundo (300.000 millones de barriles certificados), Venezuela está entre los países que cuentan con más minerales y recursos estratégicos: gas, cobre, oro, diamante, hierro, aluminio, coltán, torio y hasta agua dulce en cantidades abundantes.

Se quemó vivas a 29 personas que “parecían chavistas” al peor modo *fascista*¹⁵. Se destruyeron hospitales, escuelas, depósitos y camiones de comida, sistema de metros y unidades de transporte terrestre; arremetieron contra cuarteles militares para provocar el uso de la fuerza legítima, que se mostrará inmediatamente al mundo como brutal represión del “régimen”. Se llegó al extremo de atacar con granadas y armas largas, desde un helicóptero, la sede del Tribunal Supremo de Justicia y el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, como ocurrió el 27 de junio de 2017. Sin embargo, todas estas prácticas antidemocráticas y criminales no lograron el objetivo de derrocar al presidente aunque causaron enorme daño a su gestión e imagen en algunos sectores, gracias a una intensa manipulación y alineación mediática (especialmente para consumo internacional).

En noviembre de 2017 se agudizó otro problema: Venezuela carecía de la necesaria provisión de billetes físicos. Del 100 % de la liquidez monetaria del país, solo 5,66 % son billetes contantes y sonantes (Cipee, 2018c: 1). Así opera la máquina de comprar la moneda física en la frontera colombiana: las mafias cucuteñas lo pagan al vendedor a través de transferencias electrónicas de cuentas en Venezuela a cuentas en Venezuela prácticamente al doble de su valor. Así pues, por un billete de 100.000 bolívares dan casi 200.000. “Con esos billetes físicos así colectados, se hacen dos cosas: por un lado, crean grave desajuste en la economía doméstica al escasear artificialmente el dinero físico, el cual se usa para hacer pequeñas compras, pagar el pasaje, comprar el periódico, ir a la bodega de la esquina, etc.; y por otro lado, como un efecto complementario, crean la necesidad en el apátrida y criminal trasiego de billetes, de buscar más dinero en Venezuela para seguirlo vendiendo en Colombia, incrementando de paso la liquidez monetaria al entrar más dinero electrónico (“creado” de la nada) por la mitad del dinero físico que salió del país. El segundo objetivo de ese dinero físico colectado en Cúcuta y Maicao es pagar la gasolina, los alimentos y las medicinas robadas en Venezuela y comercializadas en Colombia, fundamentalmente a mafias venezolanas (y colombo-venezolanas)” (Cipee, 2018a: 3). Hay que tener claro que al estar fuertemente subsidiadas la gasolina, los alimentos y las medicinas en Venezuela, las ganancias en Colombia son descomunales (ibíd.: 3-4). Existen algunas páginas web que participan abiertamente en estos delitos: DolarToday (DT), BolívarCúcuta (BC, www.BolivarCucuta.com), entre otras. Devalúan adrede el bolívar amparándose en supuestos estudios y fórmulas con las que “preguntan”

15 Los cuerpos de seguridad han denunciado la utilización de drogas, con graves efectos comportamentales, tanto en las acciones violentas de 2014 como en las de 2017. En estas últimas se involucró a niños y adolescentes.

periódicamente a los cambistas del otro lado de la frontera sobre el tipo de cambio “real” \$/Bs, Peso/Bs y \$/Peso, usando dicha “información” para elaborar el cambio diario dólar-bolívar. Pero sucede que los cambistas colombianos establecen la paridad peso-bolívar (y por tanto el dólar-bolívar) basándose en DT y BC. “Todo esto con el objetivo de hacer rendir aún más los bolívares robados en Venezuela, pagando cada vez menos (con los mismos bolívares) por los billetes físicos venezolanos y el combustible, alimentos, medicinas, material estratégico (plomo, cobre, cabillas, fibra óptica y esa gran extensión del sistema de cableado con el que han destruido buena parte de nuestro sistema eléctrico y de comunicaciones) hurtados en nuestro país” (ibíd.: 4). Claro está que estos delitos no podrían cometerse sin la participación de civiles y militares nacionales que se han enriquecido con estas prácticas antivenezolanas, depreciando artificiosamente el signo monetario (y *símbolo*): el *bolívar*, denominado así en homenaje al Libertador¹⁶.

6. MEDIDAS ECONÓMICAS RECIENTES, NUEVOS RETOS Y PERSPECTIVAS

Ante la súbita caída de los precios del petróleo a escala mundial, Venezuela diseñó y lideró una estrategia de recortes en la producción con los países miembros de la OPEP, a la que se unieron posteriormente algunos países productores no OPEP. Esto permitió, junto a otros factores, irlos recuperando de manera paulatina. En la actualidad, ha superado el valor de 60 dólares el barril, lo que le devuelve a Venezuela una fortaleza perdida por varios años.

En lo interno, el Gobierno activó quince motores prioritarios de la Agenda Económica Bolivariana, entre ellos petroquímica, agroalimentario, minería, telecomunicaciones e informática, construcción, turismo, industria, forestal, farmacéutico, economía comunal y social, exportaciones y nuevas fuentes de divisas, industrias básicas y banca. Todo esto para reactivar el aparato productivo y minimizar la dependencia petrolera.

Con el fin de enfrentar el asedio a la economía del país y salvaguardar su soberanía nacional, el Gobierno emitió en 2016 un decreto de estado de emergencia económica, que ha renovado sistemáticamente, para facilitar trámites de aprobación de recursos adicionales para el abastecimiento de bienes de primera necesidad, prever mecanismos para que la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y los organismos de seguridad garanticen el orden público ante amenazas de grupos criminales, combatir

16 Se han vuelto frecuentes en las redes sociales videos sarcásticos de personas que emplean los billetes nacionales como papel higiénico, ya que debido a su devaluación “sale más barato” su uso.

el crimen organizado y afrontar amenazas externas, permitir medidas para garantizar mayor participación del sector privado en los procesos productivos fundamentales, y algo muy importante: fortalecer políticas de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP)¹⁷. A diciembre de 2017 existían 35.000 CLAP en todo el país, cada uno de ellos conformado por ocho vecinos por sector (líderes), lo que los convierte en una poderosa maquinaria organizativa en lo local, especialmente para el tema alimentario. Sin embargo, estas estructuras han servido de apoyo al sistema de distribución de medicamentos *0800 Salud Ya*, creado a finales de 2017 para romper el acaparamiento y la especulación; se llevan a cada hogar gracias al conocimiento que tienen de su comunidad y de las necesidades específicas del grupo familiar.

Dentro de todo este gran huracán, el 1.º de mayo de 2017 el presidente Maduro convocó a un Proceso Constituyente Originario como la única salida pacífica ante la arremetida callejera violenta, apelando formalmente al poder comunal, el cual se movilizó de inmediato. El 30 de julio (en plena *guarimba* y bajo amenazas a su integridad física) más de ocho millones de votantes eligieron a los constituyentes. El terror callejero cesó de inmediato y la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) cumplió su primer gran objetivo de pacificar el país. No obstante, al siguiente día, Estados Unidos impuso sanciones jurídicas y financieras al presidente Nicolás Maduro y a la presidenta del Consejo Nacional Electoral, entre otros altos funcionarios. En agosto de 2017, Donald Trump amenazó con intervenir militarmente a Venezuela y firmó una nueva orden ejecutiva en la que prohibía las negociaciones en deuda nueva emitidas por el Gobierno de Venezuela y PDVSA, lo que se tradujo en la agudización de un bloqueo económico contra el pueblo venezolano que buscaba, entre otras cosas, la declaración de *default*, con el objetivo de embargar todos los activos de la nación en Estados Unidos y Europa. Se procura que el Estado no pueda comerciar, comprar, vender, canjear e incluso recibir ayuda de terceros, y toda transacción financiera le está resultando muy compleja y costosa¹⁸.

17 Son organizaciones populares que intentan distribuir productos básicos (alimentos, artículos de higiene y otros rubros) muchos de ellos subsidiados por el gobierno, minimizando un poco los efectos de la escasez y la hiperinflación, evitando las largas colas al hacerlos llegar directamente a los hogares. Además de esto, pretenden algo más importante: generar una dinámica productiva, a pequeña escala, que haga al país menos dependiente de la gran industria y la importación. Motorizar la generación y transferencia de saberes-habilidades, y ser un mecanismo de empoderamiento del pueblo. Este programa llega periódicamente a millones de personas.

18 Paralelamente, en febrero de 2018 el secretario de Estado estadounidense Rex Tillerson se atrevió a plantear abiertamente la posibilidad de que militares venezolanos decidieran derrocar al presidente Nicolás Maduro.

Uno de los principales objetivos programáticos de la ANC es coadyuvar a la creación de un nuevo modelo económico. En este orden de ideas, en enero de 2018 se dictó la “Ley constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes, servicios y obras públicas”, aunque a decir verdad, todavía no se han sentido sus efectos. Los precios de los productos han tenido un incremento desmesurado, presionados por un dólar ilegal que ha venido subiendo irracionalmente, impulsando una hiperinflación acumulada (estimada con cautela) en más de 10.000 % en lo que va del primer cuatrimestre del 2018. También han proliferado reiterados sabotajes en los sistemas bancarios, eléctricos, de agua, internet, telefonía, gas, etcétera, lo que ha llevado a situaciones límites la vida cotidiana.

Katz insiste en que, sin medidas drásticas en el plano socioeconómico, la Constituyente será un cascarón vacío. Esto porque “Chávez realizó una gran redistribución de la renta con inéditos métodos de politización popular, pero no logró cimentar un proceso de industrialización. Chocó con los capitalistas opositores y con la boliburguesía interna y no supo desactivar la cultura rentista, que socava todos los intentos de forjar una economía productiva [...]. Pero conviene igualmente recordar que todos los procesos revolucionarios despegaron en la adversidad y la Constituyente aporta un marco para retomar la iniciativa” (2017: 11).

De todos modos, la ANC no descuidó sus tareas políticas en aras de la estabilización del país y convocó elecciones de gobernadores y alcaldes. Las primeras ya estaban vencidas y se realizaron el 15 de octubre de 2017 con un porcentaje de participación superior al 61 %. El Polo Patriótico, que agrupa a las fuerzas de izquierda del país, obtuvo el 54 % del total de votos nacionales. El saldo final fue que el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) ganó 19 de las 23 gobernaciones. En las elecciones de alcaldes del 10 de diciembre de 2017 obtiene el 92 % de las alcaldías a escala nacional.

La oposición perdió así la mayoría que le había dado el triunfo en las elecciones parlamentarias de 2015, y puesto que los intentos de quebrar la unidad militar han fracasado, se arrecian modalidades multiformes de derrocamiento con acento en lo económico.

Maduro lanzó, entonces, una criptomoneda o moneda digital venezolana, *el petro*, cuya preventa comenzó el 20 de febrero de 2018 con excelentes perspectivas. Al utilizar una tecnología de *cadena de bloques* la hace muy segura ante posibles ataques. Pretende transformar el sistema económico y “desdolarizarlo”, valga decir, independizarlo de la cotización de la divisa estadounidense, manipulada como arma de guerra, y del sistema bancario mundial. Es la única criptomoneda

del mundo que está respaldada de manera física por reservas de varios recursos naturales, como petróleo, oro, diamantes y gas. Este sistema permitirá, en buena medida, sortear el bloqueo financiero y acceder al pago de los bienes y servicios que se requieren.

Paralelamente a otros tipos de intervenciones, Estados Unidos viene presionando ahora por la apertura de un “corredor humanitario” para traer los alimentos y las medicinas que ellos mismos impiden comprar. En esta tarea cuenta con varios de sus aliados, entre estos países latinoamericanos como Colombia, Perú, Argentina y Brasil¹⁹. El problema es que este tipo de “apoyos” forman parte de la política de “tierra arrasada” que, una vez generado el caos y debilitado el *Estado nación*, se instala para no salir en años hasta no acabar de expoliarlo. No están tan lejos los casos de Irak y Libia, entre otros.

En enero del 2018, la ANC convocó a elecciones presidenciales para el primer cuatrimestre del año, asunto que venía exigiendo la oposición agrupada en la Mesa de Unidad Democrática (MUD) desde hacía tiempo, alegando la ilegitimidad del presidente. Pero, paradójicamente, fue rechazada de inmediato por un sector importante de la propia MUD “porque las condiciones no estaban dadas”. No obstante, otro sector de esta se deslindó de la propuesta abstencionista y decidió participar, exigiendo el cumplimiento de ciertas condiciones. Fue así como, con la coordinación del Consejo Nacional Electoral, se firmó un acuerdo de garantías electorales para la realización de elecciones presidenciales (incluyendo las legislativas regionales) el 20 de mayo del 2018. Maduro se ratificó como candidato presidencial para su reelección, denunciando la subordinación de buena parte del liderazgo opositor a intereses foráneos, quienes pretendían deslegitimar el proceso, ya que, en el fondo, buscaban alcanzar el poder de manera repentina. Esto les permitiría derogar, de tajo, la CRBV y desmontar lo alcanzado por la alternativa bolivariana, en especial lo relativo a la soberanía petrolera y el empoderamiento de los sectores históricamente excluidos.

Es muy importante tomar en cuenta que el reto en lo económico pasa también por lograr cierta cohesión social a lo interno y bajar el clima confrontacional, lo que ha intentado Maduro con sus insistentes iniciativas de diálogos y acuerdos nacionales, como los efectuados durante meses en República Dominicana, saboteadas por la injerencia norteamericana, y que finalmente se concretó (de modo parcial) en Caracas, en el mes de marzo de 2018, con el acuerdo de garantías

19 Aupados por Almagro en la OEA, quien continúa con su práctica intervencionista, violando sus propios estatutos, lo que ya había provocado la salida de Venezuela de esta organización. Llegó al extremo de promover la constitución de un Tribunal Supremo de Justicia venezolano (paralelo *e ilegal*) que funcionaría desde Nueva York.

electorales. Sin duda, sería altamente conveniente una renovación en el liderazgo opositor, que ha quedado a la deriva, con graves divisiones internas entre los diversos partidos aliados, desmovilizados y desacreditados por su errática conducción y sus prácticas antinacionales.

Por su parte, el Gobierno ha comenzado a hacer limpieza entre sus filas, coadyuvando en el ataque a la corrupción que encabeza el nuevo fiscal general designado por la ANC. En pocas semanas, se ha detenido a más de 70 altos gerentes de la principal industria petrolera (PDVSA), y se ha librado orden de captura a dos exministros de Energía y Petróleo. El Gobierno debe mejorar la gestión pública, atacar el excesivo burocratismo, ser más audaz para combinar dogma y praxis y, en especial, explicar mucho mejor las causas, dinámica y consecuencias de la guerra en la que el país está inmerso. En términos generales, su política comunicacional es desatinada.

La Revolución Bolivariana debe aprovechar la peor crisis económica de la historia moderna para cimentar un nuevo esquema productivo. El desafío es hacerlo bajo *fuego cruzado*, impidiendo la restauración neoliberal, innovando prácticas eficientes, lidiando con las propias debilidades, errores y contradicciones. Es más difícil si lo que se pretende es la construcción de un modelo contrahegemónico y crítico al capitalismo, en el que el ser humano sea el centro de las políticas públicas. En este sentido, Chávez planteaba insistentemente que solo tras la derrota del capitalismo puede haber verdaderamente democracia, pero afirmaba que la revolución cultural era la más importante y podría incluso condicionar el éxito alcanzado en lo político y económico (Chávez, 2006). En este sentido, se podría concluir que se amerita un cambio del *modelo cultural rentista*, así como en el económico.

Para ir cerrando el análisis, es bueno recordar que en el pasado Venezuela desempeñó el papel de neocolonia surtidora de petróleo de Estados Unidos, que se acostumbró a manejarlo y contabilizarlo, como un recurso natural propio, tratándolo en el orden interno como un asunto doméstico. Así suelen actuar los imperios cuando asignan funciones en el tablero geoestratégico de la historia. Estados Unidos, que consume el 20 % del petróleo mundial, no será tolerante con la lucha de Venezuela por ser más soberanos e independientes. El intento de construir un modelo económico alternativo es, ciertamente, otro “mal ejemplo que alborota el vecindario”, por eso renovaron en marzo de 2018 el decreto que considera al país *amenaza extraordinaria e inusual*, lo que constituye, según la Cancillería, un crimen penado por el derecho internacional. Dentro de las ingenuidades de los venezolanos, al menos ya saben dos cosas: que nunca podrán avanzar en absoluta *paz* (aunque se hayan ganado 22 de las 24 elecciones realizadas desde 1998), y que tampoco es viable hacerlo *en solitario* en la aldea globalizada.

Si la revolución tiene su fundamento en la *doctrina bolivariana*, como hasta ahora parece practicarla, se puede deducir que no capitulará a su proyecto. Bolívar llegó a afirmar en 1829 que los Estados Unidos parecían destinados por la providencia para plagar la América de miseria a nombre de la libertad²⁰. *El Libertador* de cinco naciones, aun cuando vio su obra debilitada en 1830 luego de largos años de batallas y sacrificios, expresó: “¡Conciudadanos! Me ruborizo al decirlo: la independencia es el único bien que hemos adquirido a costa de los demás. Pero ella nos abre la puerta para reconquistarlos [...]” (Bolívar, 2009: 384).

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional 2013 *Ley del Plan de la Patria* (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No 6.118 Extraordinario).
- Báez, Luis y Elizalde, Rosa 2004 *Chávez nuestro* (La Habana: Casa Editora Abril).
- Bolívar, Simón 2009 (1976) *Doctrina del Libertador* (Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho y Banco Central).
- Briceño, Manuel 2014 *Estado Comunal: la nueva geometría del poder* (Caracas: Fondo Editorial de la Asamblea Nacional William Lara).
- Brito, Luis 2004 *Dictadura mediática en Venezuela* (Caracas: Edita *Le Monde Diplomatique*).
- Chávez, Hugo 1998 “Una revolución democrática”. Consultado en internet a través de la página oficial del Ministerio de Planificación y Desarrollo de la República Bolivariana de Venezuela el 5 de enero de 2009.
- Chávez, Hugo 2006 “Mensaje anual a la nación del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela a la Asamblea Nacional” en <www.mci.gob.ve/alocuciones1.asp?id=404>acceso el 13 de enero de 2006.
- Chávez, Hugo 2007 *Proyecto Nacional Simón Bolívar Primer Plan Socialista. Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013* (Caracas: Presidencia de la República).
- Chávez, Hugo 2012 “Golpe de timón. I Consejo de ministros del nuevo ciclo de la Revolución Bolivariana”, en <www.minci.gob.ve>

20 Unos años antes le respondía a míster Irving, el 7 de octubre de 1818, cuando ya había perdido totalmente la paciencia con este agente del gobierno de Estados Unidos, que ya había desaparecido gran parte de nuestra población defendiéndonos contra la España, y que el resto que quedaba ansiaba por merecer igual suerte si nos agredían.

- ve/wp-content/uploads/downloads/2012/11/GOLPE-DE-TIMON-23-10-12-Web.pdf> acceso el 10 de diciembre de 2014.
- Centro de Investigaciones en Procesos Económicos Entrópicos 2018 *Razones ocultas de nuestra tragedia económica (I)* en <<http://www.ensartaos.com.ve/nacional/analisis-del-centro-de-investigaciones-enprocesos-economicos-entropicos-cipee/>> acceso el 20 de febrero de 2018.
- Centro de Investigaciones en Procesos Económicos Entrópicos 2018 *Razones ocultas de nuestra tragedia económica (II)* en <<http://www.ensartaos.com.ve/general/ensartaos-recomienda-leer-razonesocultas-de-nuestra-tragedia-economica-ii/>> acceso el 20 de febrero de 2018.
- Centro de Investigaciones en Procesos Económicos Entrópicos 2018 *Razones ocultas de nuestra tragedia económica (III)* en <<https://www.aporrea.org/economia/a256087.html>> acceso el 27 de febrero de 2018.
- Crimson King 2014 *Guerra económica en Venezuela*, cap. 1, en: <<https://www.youtube.com/watch?v=yG7TtaPGrhE>>.
- Curcio, Pasqualina 2016a “La mano visible del mercado. Guerra económica en Venezuela (2012-2016). Manipulación del tipo de cambio e inflación inducida (I)”, en: <<http://lalenguatv.com.ve/wp-content/uploads/2017/03/ManoVisibleMercado.pdf>> acceso el 29 de agosto de 2017.
- Curcio, Pasqualina 2016b “La mano visible del mercado (II). Guerra económica en Venezuela (2012-2016). ¿Control de precios o boicot en el suministro?”, en: <<http://lalenguatv.com.ve/wp-content/uploads/2017/03/ManoVisibleMercado.pdf>> acceso el 29 de agosto de 2017.
- Curcio, Pasqualina 2016c “La mano visible del mercado (III). Guerra económica en Venezuela (2012-2016). ¿Falta de divisas o embargo comercial encubierto?”, en: <<http://lalenguatv.com.ve/wp-content/uploads/2017/03/ManoVisibleMercado.pdf>> acceso el 29 de agosto de 2017.
- Damiani, Luis 2015 *La sentencia N.º 100 del 20/02/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela*, como respuesta a la “Ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014, y su sentido en el contexto internacional” (Caracas: mimeografiado).
- Delgado, Francisco 1994 *La reforma judicial: modernidad y democracia* (Zulia: Luz).
- Katz, Claudio 2017 “La izquierda frente a Venezuela” en: <https://fisyp.org.ar/media/uploads/regular_files/>

- la-izquierda-frente-a-venezuela.pdf?t=1&cn=ZmxleGlibGVfcmVj
c18y&iid=e40b9a05dfce49c5ad105710066f1eb7&uid=186485542
9&nid=244+272699400> acceso el 12 de junio de 2017.
- Larrazábal, Felipe 2008 (1918) *Vida y escritos del Libertador* (Caracas:
Ediciones de la Presidencia de la República), tomo II.
- Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información
2014 *Venezuela se respeta* (Caracas: Minci).
- República Bolivariana de Venezuela 2000 *Constitución de la
República Bolivariana de Venezuela* (Caracas: *Gaceta Oficial* N.º
5.453, Extraordinario).
- República Bolivariana de Venezuela 2010 *Ley Orgánica del Poder
Popular* (Caracas: *Gaceta Oficial* N.º 6.011, Extraordinario).
- República Bolivariana de Venezuela 2010 *Ley Orgánica de
Planificación Pública y Popular* (Caracas: *Gaceta Oficial* N.º
6.011, Extraordinario).
- República Bolivariana de Venezuela 2010 *Ley Orgánica de las
Comunas* (Caracas: *Gaceta Oficial* N.º 6.011, Extraordinario).
- República Bolivariana de Venezuela 2010 *Ley Orgánica del Sistema
Económico Comunal* (Caracas: *Gaceta Oficial* N.º 6.011,
Extraordinario) y su reglamento aprobado en el año 2012.
- República Bolivariana de Venezuela 2010 *Ley Orgánica de los
Consejos Comunales*. (Caracas: *Gaceta Oficial* N.º 6.011,
Extraordinario).
- República Bolivariana de Venezuela 2010 *Ley Orgánica del Consejo
Federal de Gobierno*. (Caracas: *Gaceta Oficial* N.º 6.011,
Extraordinario).
- República Bolivariana de Venezuela 2012 *Ley Orgánica para
la gestión comunitaria de competencias, servicios y otras
atribuciones* (Caracas: *Gaceta Oficial* N.º 6.079, Extraordinario).
Decreto 9.043 de fecha 15 de junio de 2012.
- República Bolivariana de Venezuela 2001 “Líneas Generales del Plan
Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2001-
2007”, en: <[www.mppp.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/Plan-
de-la-Naci%C3%B3n-2001-2007.pdf](http://www.mppp.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/Plan-de-la-Naci%C3%B3n-2001-2007.pdf)> acceso el 10 de diciembre
de 2014.
- Telesur 2016 ¿Cómo funciona la guerra económica
contra Venezuela?, en: <[https://www.youtube.com/
watch?v=DME5nmJye2Y](https://www.youtube.com/watch?v=DME5nmJye2Y)> acceso el 10 de octubre de 2017.

SEGUNDA PARTE
DERECHO Y PLURALISMOS
CRÍTICOS

TEORÍA CRÍTICA DE DERECHOS HUMANOS DESDE AMÉRICA LATINA

Alejandro Rosillo Martínez

1. INTRODUCCIÓN

El discurso de derechos humanos ha cobrado una gran importancia durante las últimas décadas; es uno de los principales criterios de legitimidad en los ámbitos político y jurídico. Los estados se autodefinen como constitucionales de derecho, garantistas, democráticos, sociales, etc., y cuentan con constituciones que incluyen catálogos más o menos semejantes de DH. Se afirma que los derechos humanos son el fin último del Estado, y que este contiene diversas instituciones encargadas de garantizarlos, de repararlos, en aplicación de la Constitución y los tratados internacionales en la materia.

Lo anterior se acompaña con posturas teóricas que provienen de diversas disciplinas que guardan algunos puntos en común, pues asumen la concepción de DH que se ha configurado dentro de la modernidad hegemónica. Si bien pueden existir algunas divergencias, estas posturas responden a la configuración del Estado moderno y a la perspectiva ética de la Ilustración europea, asumiendo irrestrictamente el valor universal de los derechos humanos. Ante la diversidad

* Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor investigador de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Coordinador académico de la maestría en Derechos Humanos de la UASLP. Correo electrónico: alejandro.rosillo@uaslp.mx.

y pluralidad cultural del mundo, los derechos humanos se presentan como *la* concepción universal de dignidad humana. De ahí que sean vistos como productos occidentales que justifican procesos de imposición cultural; como un instrumental que impone una sola forma de comprender y construir el mundo.

No obstante, no se puede negar que al amparo del discurso de los derechos humanos se han alcanzado resultados positivos para la protección de la dignidad humana. Y una gran parte de estos logros provienen de luchas y movimientos sociales, de pueblos originarios, de organizaciones populares, etc., esto es, de sujetos emergentes que reaccionan ante estructuras económicas, sociales, políticas o culturales que les niegan la posibilidad de construir una vida digna. Este hecho nos conduce a preguntarnos si la teoría clásica de DH parte de estos procesos sociales o, al contrario, dichas luchas sociales son concebidas solo como la aplicación o la expansión de la razón ética-universalista contenida en los derechos humanos.

Al abordar la relación entre el discurso de DH y las luchas de los pueblos indígenas, Ignacio Ellacuría señalaba que “Si nos referimos específicamente a las mayorías oprimidas y explotadas y a las comunidades indígenas, hay que reconocer que en principio la doctrina de los derechos humanos, a pesar de su aparente universalidad y generalidad, ni ha nacido de sus problemas ni pretende resolverlos. No sólo no se habla en ella de los derechos del pueblo oprimido pero ni siquiera de derechos propiamente humanos; esos derechos son en su origen y, sobre todo, en su aplicación derechos ciudadanos de una determinada clase social y de un determinado conjunto de países” (Ellacuría, 2012a: 295).

Si bien Ellacuría asegura que la teoría de derechos humanos no responde a la lucha de los pueblos indígenas ni a la de las mayorías oprimidas, no deja de reconocer la importancia que ha cobrado este discurso. En especial, destaca su función insurreccional cuando se parte de situaciones de injusticia que requieren la lucha social. De ahí que plantee la necesidad de una “teoría revolucionaria o insurreccional de los derechos humanos” (Ellacuría, 2012a: 296).

Siguiendo esta ruta, el objetivo de este capítulo es delinear algunas cuestiones que deben ser desarrolladas por una “teoría crítica de DH”. Se trata de apuntar algunas limitaciones que la teoría clásica tiene en relación con el uso de derechos humanos *desde abajo y desde el sur*, y a partir de estas repensar su conceptualización. Por razones de espacio, se busca tan solo proponer algunas líneas de reflexión por donde deba caminar una teoría de DH que responda mejor a las luchas sociales que comunidades y pueblos hacen en busca del ejercicio de una vida digna.

2. LA TEORÍA CLÁSICA DE DERECHOS HUMANOS

En esta sección se pretende describir muy brevemente las principales características de la teoría clásica. Si bien es discutible hablar de una “teoría clásica”, se hace referencia a algunos puntos comunes que se encuentran en la conformación de la comprensión dominante al respecto.

Esta visión de DH va acompañada de un imaginario social. Cada individuo se considera igual a los demás individuos, con una esfera idéntica de derechos subjetivos. Esta esfera le significa su campo legítimo de acción dentro de la sociedad en dos sentidos: como ámbito donde su actuar en la sociedad no daña a otros individuos y como criterios de control del poder político, tanto en aquello que el Estado no puede hacer para afectarlo como en aquello que debe hacer para beneficiarlo.

Este imaginario social va acompañado de la estructura del Estado moderno y la monopolización de la violencia legítima. Cuando un individuo va más allá de su esfera legítima de acción, dañando a otro individuo, este no puede “hacer justicia por propia mano”, sino que debe solicitar la intervención del Estado. Así, esta concepción concibe el poder como poder estatal, y a su vez divide el espacio social en público y privado. Es en el espacio público donde se construye lo político y donde existen relaciones de poder; en el espacio privado, a su vez, se construyen relaciones igualitarias y voluntarias.

Más allá de discusiones iusnaturalistas o iuspositivistas —pues al final ambas posturas responden a ese imaginario social—, es evidente que este esquema intenta, como señalaba Ellacuría, responder a realidades y resolver problemas que no corresponden a los de las mayorías populares, los pueblos indígenas, y otras subjetividades que no son las del ciudadano burgués. Y esto es así, entre otras cosas, por ciertas limitaciones que se encuentran en el imaginario social en que se apoya y alimenta esta visión de derechos humanos.

Entre las limitaciones que se pueden destacar, se encuentran las siguientes:

- a) Expresar en términos universalistas los intereses, la forma de vida, la corporalidad y la concepción del mundo de una subjetividad concreta. Es decir, la construcción de un sujeto de derechos humanos abstracto, pero cuyas características e intereses responden en realidad a una forma concreta de construir el mundo. Con esto se desconoce la diversidad en las subjetividades humanas y las diversas formas que existen para dar sentido al mundo.
- b) Construir una concepción de poder, en función de cierto imaginario social, que lo reduce a la relación Estado-individuo. Los derechos humanos cobran sentido como herramienta de

- control del poder, pero solo del poder “político”, en la forma del Estado. En efecto, otras relaciones de poder que lesionan o ponen en peligro la dignidad humana se invisibilizan o se consideran ajenas a los derechos humanos.
- c) Se reduce el espacio social a lo “público” —donde se inserta el campo político— y lo “privado” —donde rige el acuerdo de voluntades libres e iguales—. En efecto, DH se entiende solo como cuestión “pública”, negando la calidad de relación política a la que se genera en el espacio privado.

Es muy probable que pudieran enumerarse otras limitaciones de esta concepción de derechos humanos. Por lo pronto, nos quedamos con estas, pues son suficientes como punto de inicio para la construcción de una teoría crítica.

3. HACIA UNA TEORÍA CRÍTICA DE DERECHOS HUMANOS

¿Qué entendemos por teoría crítica de DH? Ellacuría señala que la función liberadora de la filosofía parte de la constatación de la existencia de ideologías como una de las fuerzas que empujan la historia. De ahí la necesidad de una *función crítica* y de una *capacidad creativa* de la filosofía, en uso de un *logos* histórico¹ que va más allá del *logos* contemplativo y no se reduce a un *logos* meramente práxico. Todo esto posibilitado, en parte, por ubicar el lugar epistemológico en la lucha por la liberación realizada por los pueblos; o, a juicio de Boaventura de Sousa Santos (2000: 33), como principio básico para la construcción de la teoría crítica: se debe orientar a “maximizar la objetividad y a minimizar la neutralidad”. Es decir, se entiende por teoría crítica de derechos humanos aquella que piensa desde la realidad a partir de las víctimas y geopolíticamente ubicada. Esto no significa una defensa del relativismo, sino una comprensión de la inteligencia humana en la que la verdad no está dada sino que se va construyendo. Como señala Dussel, “se trata, entonces, de tomar en serio al espacio, al espacio geopolítico. No es lo mismo nacer en el Polo Norte o en Chiapas que en Nueva York” (Dussel, 1996: 14). Por tanto, una teoría crítica de DH *desde el sur* busca más, como veremos, la construcción no de ciudadanos burgueses de un Estado moderno sino de personas, pueblos y comunidades que, ante la exclusión de que son víctimas, se empoderan para llegar a ser sujetos de su propia historia.

1 Según Ellacuría (1999: 599), el conocimiento de la realidad histórica necesita un *logos* histórico, no un *logos* predicativo. Es decir, no de una adecuación entre entendimiento y cosa, sino que la verdad de la realidad se dimensiona de manera prioritaria desde la propia praxis histórica del ser humano.

En este orden de ideas, abordaremos tres temas que deben profundizarse desde una teoría crítica de derechos humanos: la recuperación de la complejidad, la resignificación del sujeto y la construcción de la pluralidad cultural.

3.1. RECUPERAR LA COMPLEJIDAD

Una teoría crítica de derechos humanos no parte del debate entre iusnaturalismo y iuspositivismo, sino que debe plantearse de manera más radical: asumir una comprensión compleja en oposición a una comprensión simplificadora. Esto significa no solo la construcción de una definición sino la adopción de una forma de conocimiento. Como señala Morin, las filosofías dominantes del derecho se inscriben en la epistemología hegemónica de Occidente, que busca ideas claras y distintas “bajo el imperio de los principios de *disyunción, reducción y abstracción*, cuyo conjunto constituye lo que llamo el ‘paradigma de la simplificación’” (Morin, 2005: 29).

En este contexto, “es complejo aquello que no puede resumirse en una palabra maestra, aquello que no puede retrotraerse a una ley, aquello que no puede reducirse a una idea simple” (Morin, 2005: 21). El pensamiento simplificador busca aislar lo que separa y oculta todo lo que religa e interactúa; mediante procesos de abstracción e idealización, se reduce la complejidad de la realidad, simplificándola para poder abarcarla y comprenderla. Desde este paradigma se ordena, jerarquiza y conceptualiza como medios para llegar a la realidad. Son procesos útiles para desarrollar el conocimiento, pero si se desconoce qué se elimina y qué se añade, se absolutizan. Al aislar los objetos de sus ambientes, el pensamiento simplificante es mutilante. No es capaz de concebir lo uno y lo múltiple; sus opciones se reducen a unificar abstractamente anulando la diversidad o, por el contrario, yuxtapone la diversidad sin concebir la unidad. El pensamiento complejo busca rendir cuenta de las articulaciones entre dominios disciplinarios quebrados por el pensamiento disgregador, que es uno de los principales aspectos del pensamiento simplificador. Así, el pensamiento complejo pretende generar un conocimiento multidimensional (Morin, 2005: 118).

3.1.1. PENSAMIENTO SIMPLIFICADOR DE DERECHOS HUMANOS

El pensamiento jurídico hegemónico se inscribe en el paradigma de la simplificación. Ha negado la diversidad de la juridicidad, en busca de la seguridad y el orden que pretende otorgar la dogmática y la lógica-formal cartesiana. Esta simplificación de la vida jurídica ha tenido importantes consecuencias en el pensamiento relativo a DH, uno de los cuales es la restricción en la ampliación de derechos.

Hablando específicamente de la comprensión de DH, el intento del pensamiento jurídico de generar un concepto o una definición expresada en una “idea clara y distinta”, más que una mejor protección a la dignidad del ser humano, ha traído como consecuencia una mutilación de la realidad y ha desconocido la materialidad de la praxis histórica en la que se insertan los derechos humanos. Los ha encerrado en un idealismo que desconoce varias parcelas de la realidad y, por tanto, impone la idea sobre los hechos (Fariñas, 2006: 27). Esto se muestra en la comprensión de DH. Un ejemplo es la problematización que se lleva a cabo sobre el uso del término en sí mismo. La pretensión del pensamiento simple es asumir esta dificultad como un aspecto negativo por eliminar, acusando a la expresión “derechos humanos” de ser ambigua y manipulable. Por ejemplo, Atienza (1989: 171) señala que “derechos humanos” es un término ambiguo, vago y afectado por carga emotiva. Se asume la complejidad como algo negativo que se debe eliminar a favor de la claridad y la distinción, a pesar de que ello signifique la mutilación de la realidad; en otras palabras, pasa por alto que “[l]a complejidad no sería algo definible de manera simple para tomar el lugar de la simplicidad. *La complejidad es una palabra problema y no una palabra solución*” (Morin, 2005: 22).

Asumir la complejidad de DH no significa una solución o una palabra final sobre cuáles son ni definir su contenido exacto. No se trata de criticar cualquier idea clara y distinta, sino solo aquellas que mutilan la realidad y desconocen los procesos reales de la praxis histórica, y en este caso creemos que se ubican los derechos humanos. El pensamiento complejo debe integrar en sí mismo todo aquello que pone orden, claridad, precisión y distinción en el conocimiento. En efecto, “hay que estar siempre alerta y ser conscientes de qué se elimina y qué se añade a la realidad, sin anular su riqueza, sin fragmentarla ni perder la perspectiva contingente de su totalidad y la ubicación que en ella tenemos los seres humanos” (Sánchez, 2007: 43). Los posibles problemas generados por la vaguedad del concepto, por su ambigüedad, o por su alta carga emotiva no se han de solucionar a través de la mutilación de la realidad, y de desconocer las praxis históricas de liberación de los pueblos. Debemos asumir la complejidad de derechos humanos y aprender a conocerla.

El sujeto de derechos humanos también es sometido a la simplificación. En diversas doctrinas iusfilosóficas, tan alejadas en otras cosas, lo “subjetivo” no es en referencia al sujeto como ser corporal, sino que “se predica de las ensoñaciones, preferencia, deseos, en fin, del ámbito de una fantasía que se asume como irrealidad” (Solórzano, 2002: 118). Por eso, al final del camino, emerge

en estas teorías un sujeto abstracto que hace elecciones irreales, aunque las mismas teorías construyan estos sujetos abstractos a partir del supuesto de que los sujetos corporales no pueden hacerlas mediante un juicio racional. Desde el paradigma de la simplicidad, la praxis del sujeto corporal, real y concreto para producir y reproducir su vida es declarado irracional, y se le niega su supremacía crítica a partir de la cual se deberían verificar DH. El sujeto corporal desaparece porque su praxis es compleja, y la abstracción requiere simplificarlo sea a través de una norma o de una hipótesis basada en un “velo de ignorancia”. El pensamiento abstracto mutila a la persona, al dejarla solo referida a la norma y definida por ella (Hinkelammert, 1998: 238).

Esta abstracción del sujeto de derechos lleva a las posturas positivistas a caer en un solipsismo normativo. Todo se piensa desde las normas, desde dentro del sistema, y el sujeto es solo un elemento más creado por alguna norma: la disposición que lo hace centro de imputación de derechos y obligaciones. En este aspecto, tales teorías jurídicas vinculadas al solipsismo normativo no logran explicar, ya que no tienen espacio para ello, fenómenos constitutivos de la complejidad de derechos humanos: la lucha social, la resistencia a la ley para acceder a bienes que a su vez cumplen con la satisfacción de lo que se predica como derechos humanos, la emergencia de nuevos sujetos sociales, las tramas sociales y la distribución del poder, los derechos de la naturaleza, etc. Así, por ejemplo, las praxis de liberación de los pueblos oprimidos suelen poner un interés especial en los llamados derechos sociales, económicos, culturales y ambientales; pues bien, como hace notar Joaquín Herrera, estos tipos de derechos suelen ser relegados por el pensamiento simplificador; debido a que no son “puros” (2000a: 30). De ahí que las prácticas populares para hacerse con los bienes relacionados con este tipo de derechos son soslayadas por el pensamiento jurídico, por considerárseles fuera de lo jurídico, y más bien realidades políticas o económicas. Así, estas posturas niegan la complejidad de lo real, donde actúa el verdadero sujeto, el sujeto corporal.

3.1.2. HACIA UNA COMPRESIÓN COMPLEJA DE DERECHOS HUMANOS

Autores relacionados con los procesos de liberación de pueblos o sujetos oprimidos por las actuales estructuras de la globalización capitalista han destacado la importancia de trascender de una visión simplificadora de DH a una compleja (Senent, 2007: 29). Las praxis de liberación que han efectuado diversos sujetos muestran que el pensamiento simplificante del derecho no da cuenta cabalmente de la realidad. Por eso se ha abierto a la complejidad y de ahí que Boaventura

de Sousa Santos señale que actualmente “el derecho, que redujo la complejidad de la vida jurídica a la seguridad de la dogmática, redescubre el mundo filosófico y sociológico en busca de la prudencia perdida” (2009a: 48).

La comprensión compleja de derechos humanos está en función de una teoría crítica de ellos. Si se entiende por teoría crítica, entre otras cosas, “toda teoría que no reduce la ‘realidad’ a lo que existe” (De Sousa Santos, 2000: 23), entonces las visiones simplificadoras de los derechos humanos no pueden tener este carácter. Su pretensión de delimitar *con precisión y con claridad* los derechos humanos conlleva pensar la realidad solo a lo que existe. Es decir, una teoría crítica está en función de abrir el pensamiento para valorar las alternativas a lo dado empíricamente. Si se necesitara una definición que acercara a una comprensión compleja, podría valerse de la dada por Joaquín Herrera Flores, que entiende por DH “el resultado de luchas sociales y colectivas que tienden a la construcción de espacios sociales, económicos, políticos y jurídicos que permitan el *empoderamiento* de todos para poder luchar plural y diferenciadamente por una vida digna de ser vivida” (2005: 247).

3.2. RESIGNIFICAR AL SUJETO

La teoría clásica de derechos humanos construye un sujeto abstracto e incorpóreo que pretende universalizar una forma de vida y de visión del mundo. Este tipo de subjetividad funciona como criterio de exclusión y de invisibilización de otras subjetividades.

No obstante, una teoría crítica de DH no renuncia a la subjetividad. Para los procesos de liberación es importante que la víctima, el pobre y el oprimido, se constituyan en sujetos de su propia historia. Los derechos humanos no deben fundamentarse en el sujeto abstracto de la modernidad ni en el individuo egoísta que solo busca su propio interés. Esto porque el sujeto abstracto de la modernidad se constituye como una totalidad excluyente, no abierta a la proximidad ni a la exterioridad del otro. Además, como señala Hinkelammert (2005), la moderna sociedad occidental, más que antropocéntrica, es mercadocéntrica; ha puesto el mercado como un supuesto orden natural, y la legitimidad y validez de las instituciones están en función de que permitan el libre desenvolvimiento de las leyes de mercado. Por eso, la visión del sujeto y de la subjetividad de la modernidad, iniciada con Descartes, terminó ligándose al dominio de la naturaleza y de la realidad social por medio del capitalismo. Se trata de una concepción *egocentrista* del ser humano, que sacraliza al individuo como propietario que fomenta la enajenación y mercantilización de todas las facetas de la vida humana. Reducir la dimensión subjetiva del ser humano a

la subjetividad individualista de la modernidad hegemónica significa promover un desperdicio de la experiencia. Desde otras culturas, la subjetividad se ha construido de manera distinta, y en diversas ocasiones en forma comunitaria.

Una teoría crítica puede valerse de la Filosofía de la liberación (FL) para resignificar la subjetividad de DH, asumiendo tres dimensiones de ella: la intersubjetividad, la praxis y la vida.

3.2.1. EL SUJETO INTERSUBJETIVO

La subjetividad debe constituirse en el encuentro con el otro. Como bien se sabe, Enrique Dussel fue quien, partiendo de la filosofía de Emmanuel Levinás, introdujo la alteridad como un elemento fundamental de la FL. Por eso, se habla de una FL concebida como una metafísica de la alteridad o una filosofía de la alteridad ética (García Ruiz, 2003; Salamanca, 2003). A partir de ahí, se trataría de constituir subjetividades de personas y de pueblos; esto es, subjetividades tanto personales como colectivas.

Dussel afirma que la exterioridad es la categoría más importante para la FL, y que posibilita realizar un discurso nuevo porque hace viable fijarse en la realidad de los pueblos periféricos: “Es la novedad de nuestros pueblos lo que se debe reflejar como novedad filosófica y no a la inversa” (Dussel, 1996: 55). La exterioridad parte del hecho de que en el conjunto de todos los entes sobresale uno, distinto de todos los demás: *el rostro de los otros seres humanos*. Alejados de la proximidad, consumidos por la proxemia —donde aún el rostro humano es asumido como una cosa-sentido, como un ente más—, la presencia de este rostro nos recuerda la necesidad de aquella. El ser humano como ente es parte de la totalidad, de los sistemas, pero la emergencia de su rostro nos vuelve a enfrentar a la proximidad; es cuando el otro se nos revela en toda su exterioridad (Dussel, 1996: 56).

También es importante considerar la categoría de *alienación*, que se da cuando se le niega al otro su calidad de otro. La totalidad, el sistema, tiende a totalizarse, a autocentrarse; busca eternizar su estructura presente y a devorar intrasistémicamente toda exterioridad posible (Dussel, 1996: 70). Entonces, para el sistema el *otro* aparece como algo diferente, que pone en peligro la unidad de “lo mismo”. En efecto, al *otro* en tiempo de peligro se le transforma gracias a la ideologización en “el enemigo”.

Estas categorías posibilitan establecer una subjetividad de DH desde el encuentro con el otro. A diferencia de la subjetividad moderna individualista, que es parte de la totalidad, la FL propone un sujeto en alteridad, desde una subjetividad abierta al otro y no cerrada en la mismidad. En este contexto, la subjetividad moderna es parte de la

totalidad que solo reconoce derechos a *los mismos*², no al inequívocamente otro, al que por la totalidad es considerado extraño, ajeno y hasta peligroso al sistema. Ese otro, al contrario, aunque exija la satisfacción de las mismas necesidades que *los mismos*, es catalogado de delincuente; por eso, se criminalizan la protesta y las luchas sociales, en tanto que las praxis de liberación se reprimen.

Es imprescindible abrir la subjetividad a la pluriculturalidad y a las luchas históricas llevadas a cabo por los pueblos oprimidos del planeta; se trataría de un sujeto intersubjetivo y comunitario. Es lo que propone la FL a partir de una metafísica de la alteridad, que se concreta en comprender la ética, la responsabilidad por el otro, como el inicio de toda filosofía. Esta es una ética de la solidaridad que tiene sus consecuencias para la construcción de una juridicidad alternativa, generada desde las luchas sociales (Wolkmer, 2002: 179-180).

La ética de la alteridad busca una apertura del sujeto que sea capaz de comprender lo nuevo de la historia que se construye desde la exterioridad. Desde el otro como otro —el pobre, el oprimido, la víctima—, que es libertad incondicionada por cuanto se desprecia su exterioridad considerándola nada (como incultura, analfabetismo, barbarie, primitivismo, incivilización), es como surge en la historia lo nuevo. Por ello todo sistema futuro realmente resultante de una revolución subversiva en su sentido metafísico es analógico: semejante en algo a la anterior totalidad, pero realmente distinto. En tal sentido, la resignificación de la subjetividad de derechos humanos refiere al ser humano como se hace presente en la realidad, como ser corporal, como sujeto viviente frente a otros que también se hacen presentes como seres corporales y sujetos vivientes; es una relación cuerpo a cuerpo, *cara a cara*. La pregunta clave de este sujeto no es “si existo” sino si “puedo seguir existiendo”. Se trata de responderse por las condiciones de posibilidad de vivir como ser corporal, como ser viviente.

3.2.2. EL SUJETO PRÁXICO

La subjetividad de DH debe entenderse desde la praxis. Pero no toda praxis es liberadora sino que existen unas opresoras, homicidas y alienantes. Los derechos humanos como realidad histórica están afectados por esta ambivalencia de la praxis; bien pueden ser instrumentos de ideologizaciones funcionales a prácticas opresoras o herramientas para la liberación. Repensar la subjetividad desde la praxis significa encontrar un fundamento sociopolítico; se trata de entender los

2 Esos *mismos*, esos que reafirman la *mismidad* del sistema, son los que concretan al ser humano abstracto, a ese ser humano que se considera “sujeto universal de derechos”, es decir, el varón, blanco, burgués, adinerado, occidental, etc.

derechos humanos como herramientas de las praxis de liberación.

Ellacuría aborda la praxis desde el análisis de los elementos y dinámicos que integran la realidad histórica que van desde la materialidad hasta la dimensión personal, y desde el individuo hasta el cuerpo social. La praxis humana “en cuanto apropiación y transmisión tridente de posibilidades es la categoría más apropiada para comprender la originalidad de lo histórico” (González, 1999: 11). La praxis es el ámbito donde con mayor claridad se expresa la interacción entre el ser humano y el mundo, pues en ella las relaciones no son siempre unidireccionales sino respectivamente codeterminantes. Mediante la praxis se muestra el poder creativo del ser humano. Este poder “está en estrecha relación con el grado de libertad que vaya alcanzando dentro del proceso histórico” (Samour, 1999: 110).

El proceso práxico de liberación, ya en los ámbitos ético y político, es principalmente dialéctico —aunque no exclusivamente— en cuanto busca negar la negación de los seres humanos, y se avanza afirmando lo positivo. Un proceso que se da dentro del dinamismo histórico de la posibilitación y capacitación, por lo cual no existe ninguna garantía de triunfo. La realidad histórica puede ser principio de humanización y personalización, pero también puede ser de opresión y alienación. Esto porque “la *praxis* histórica no es reducible ni a las leyes del mundo natural ni a los saltos dialécticos de algún presunto espíritu” (González, 1999: 11). A diferencia de lo que puede suceder con posturas idealistas o mecanicistas de la historia, el mal y la injusticia en la historia no pueden ser legitimados ni justificados como unas necesidades lógicas en el desarrollo de una teleología o como partes de un devenir forzoso de la historia. Más bien el mal histórico es un límite real que se presenta como un desafío a la praxis de liberación. La liberación es, entonces, un proceso a través del cual el ser humano va ejerciendo su libertad, y va haciéndose cada vez más libre gracias a su estructura de esencia abierta (Ellacuría, 2000: 640).

La concepción de la praxis hasta ahora referida tiene importantes consecuencias para la subjetividad de los derechos humanos, si estos se asumen como momentos de la praxis histórica de liberación. En este contexto no sería viable, y carecería de sentido, una subjetividad absoluta y abstracta, desde la que se proponga un tipo de “falacia desarrollista”. En efecto, deberán comprenderse los derechos humanos desde su complejidad como momentos pertenecientes a las distintas fuerzas históricas; en otras palabras, contemplarlos como momentos jurídicos e ideológicos, sociales y políticos.

Toda persona puede constituirse en sujeto de la praxis de liberación, ya sea en su calidad de víctima o por ser solidaria con el oprimido, en cuanto realiza acciones, organiza instituciones o transforma

sistemas para que las víctimas, los pobres y los oprimidos disfruten y ejerzan efectivamente los derechos humanos (Dussel, 1998: 513). Pero el analogado principal del sujeto de la praxis de liberación es la víctima que, adquiriendo conciencia de su situación, y en diálogo con otras víctimas, emprende acciones para dejar atrás, para superar la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida.

El sujeto de la praxis de liberación supone no una mera subjetividad individual sino la ya mencionada intersubjetividad. Esta no significa la creación de un sujeto colectivo natural, pues conlleva finalmente a una sustantivización indebida; los sujetos sociohistóricos son fluidos y fragmentarios, aparecen y desaparecen en coyunturas bien determinadas, según las tramas sociales. Más bien significa el reconocimiento de la subjetividad de cada sujeto humano concreto, y de su encuentro con el otro, que también es sujeto, y que por sus cualidades de víctimas o solidario con ellas, se conforman en una comunidad de vida (Gallardo, 2008: 60).

Hinkelammert (2005: 495) destaca el carácter procesual del hacerse sujeto que significa la vuelta —la recuperación— del sujeto reprimido: “El ser humano como sujeto no es una instancia individual. La intersubjetividad es una condición para que el ser humano llegue a ser sujeto. Se sabe en una red, que incluye la misma naturaleza externa al ser humano: que viva el otro, es una condición de la propia vida”. El ser humano, para vivir, requiere hacerse sujeto; la vida es un llamado a constituirse como sujeto. En efecto, el ser sujeto no es un antes, un *a priori* del proceso, sino que resulta del mismo proceso. El “sujeto” no contiene un valor o una sustancia *a priori*, sino que depende del sentido negativo del sistema que lo hace víctima; lo que podría decirse es que ese sujeto buscará revertir su situación de víctima a través de la generación de un nuevo sistema. Para llegar a ser sujeto de la praxis de liberación es necesario efectuar una crítica autoconsciente del sistema que causa la victimización. Las víctimas han de caer en la cuenta de que no habían participado en el acuerdo originario del sistema —por utilizar expresiones de la ética del discurso— y, sobre todo, en que debido a dicho sistema no pueden producir, reproducir y desarrollar su vida (Hinkelammert, 2005: 495-496).

Los derechos humanos tienen como uno de sus fundamentos la praxis histórica de liberación, en cuanto esta se realiza por una comunidad de víctimas —que se constituye en un sujeto intersubjetivo— que busca, al ejercer el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Esto conlleva reconocer la praxis como el hecho más radical, que antecede al Estado o a la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de los derechos humanos.

3.2.3. EL SUJETO VIVO

La resignificación del sujeto no solo es referida a uno intersubjetivo y de la praxis de liberación, sino también al sujeto vivo, como un ser corporal, por el que la satisfacción de necesidades se constituye en un hecho radical. La intersubjetividad y la praxis quedan relegadas a un segundo sitio, otorgándole la primacía al sujeto vivo; para que el sujeto de DH realmente sea tal, debe ser alternativamente un sujeto vivo, intersubjetivo y práxico (Hinkelammert, 2002).

El sujeto vivo se convierte en un referente crítico del sujeto de la praxis, encaminado a responder a la interpelación que las víctimas realizan por intermedio del sujeto intersubjetivo. Si el sujeto de la praxis dirige su actuar para lograr una liberación integral, a través de la organización y el consenso de la comunidad de víctimas que transforma el sistema mediante “nuevos derechos”, la satisfacción de necesidades para la vida es el marco material de esa praxis, de esa organización y de ese consenso entre las víctimas (Dussel, 1998: 523). Así, se evita que el sujeto de la praxis quede tan solo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega los derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez, la ineficiencia de la eficiencia” (Hinkelammert, 2005: 23). Se considera que la eficiencia y la racionalidad económica son los aportes de la competitividad, y ambas son transformadas en los valores supremos. Esta competitividad borra de la conciencia el sentido de la realidad, ya que provoca que se perciba como “realidad virtual”. El maíz o el trigo son producidos si son competitivos, no porque alimenten; una pieza de ropa no se fabrica, aunque caliente y dé abrigo, si su producción no es competitiva. Con esta realidad virtual, según la cual todo tiene su criterio en la competitividad, desaparece el valor de uso de las cosas. No obstante, esto se extiende a todas las facetas de la vida, incluyendo aquellas relacionadas con lo jurídico y los derechos humanos. Una cultura humana que no produce competitividad tiene que desaparecer, y su desaparición podrá interpretarse como un devenir natural de los acontecimientos y por el “ejercicio de la libertad” de sus miembros que optaron por dejar de utilizar, por ejemplo, su lengua (es más competitivo hablar inglés que ñañú, por ejemplo); igualmente, desde este criterio, se ha de considerar que las transformaciones sociales que no aumenten la competitividad no deben realizarse. El dominio de la competitividad no admite acciones frente a los efectos destructores que produce; es más, impide siquiera verlos. Significa la afirmación de la totalidad y

la negación del otro; el encubrimiento del rostro de la víctima, quien lo es por su propia responsabilidad, por no ser “competitivo”. Por eso un sujeto práctico o actuante no es suficiente.

Contrario a la racionalidad medio-fin, Hinkelammert señala que la vida del actor no puede ser un fin, dado que no puede tratarse como un fin en competencia con otros. Quien elige la muerte elige la disolución de todos los fines posibles. La vida es la posibilidad de tener fines, y sin embargo no es un fin. Por eso, si se aborda al actor como un ser vivo que se enfrenta a sus relaciones medio-fin, entonces se mira como sujeto. El actor, antes de serlo, es sujeto humano; solo se transforma en actor cuando ha decidido sobre el fin y calcula los medios, incluyendo en estos su propia actividad. La racionalidad reproductiva es la propia del sujeto vivo. Para poder enfocar esta racionalidad, se debe asumir al actor más allá de sus relaciones medio-fin; percibirlo como sujeto y, por tanto, no como un fin sino como condición de la posibilidad de los fines. El ser humano como sujeto vivo concibe fines y se refiere al conjunto de sus fines posibles. Pero no puede realizar todos los fines que con un cálculo medio-fin parecen posibles; por lo menos debe excluir aquellos fines cuya realización atenta contra su posibilidad de vivir. Si bien el sujeto determina sus fines, no puede desconocer la materialidad de la historia, como señala Ellacuría (1999: 55). De ahí que el sujeto esté “atado” al circuito natural de la vida humana que es condición de posibilidad de su propia vida.

El criterio de vida o muerte se convierte en el criterio en última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso en el que entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad es una racionalidad subordinada a la vida. La irracionalidad de lo racionalizado no es otra cosa que la evidencia de esta contradicción performativa. Como señala Hinkelammert, “[l]a racionalidad medio-fin aplasta la vida humana (y de la naturaleza), lo que evidencia su carácter potencialmente irracional” (Hinkelammert, 2005: 49).

De lo anterior se desprende la relación del sujeto vivo con el sujeto de la praxis de liberación. La praxis que busca la liberación integral ha de tener como momento material y objetivo la satisfacción de las necesidades de las víctimas; la transformación del sistema y la generación de una nueva institucionalidad deben tener como objetivo posibilitar la vida y evitar la muerte. Si bien la comunidad de víctimas toma conciencia y se organiza, generando consenso para guiar su praxis (principio formal), este ha de tener como proyecto —y a la vez como límite— el desarrollo de la vida (principio material). El sujeto tiene un horizonte objetivo que es de vida y muerte; si no contara con ese horizonte, no sería un sujeto

vivo; podría, en cambio, pretender ser un actor de la racionalidad medio-fin que no tiene como límite la vida y llega a generar, como hemos visto, el suicidio.

Quedarse únicamente con el criterio de la producción de vida, del sujeto vivo, correría el riesgo, entre otros, de terminar defendiendo un individualismo justificador de un egoísmo que afirmara un imperativo “sálvese quien pueda” o “viva quien pueda vivir”. Por eso es necesario completar esta subjetividad con la alteridad y de la praxis de liberación. El sujeto se hace sujeto por la afirmación de su vida, pero esta subjetividad se complementa con la afirmación de la vida del otro.

3.3. CONSTRUIR LA INTERCULTURALIDAD

Una comprensión compleja debe ayudar a superar el *monoculturalismo* y asumir el *pluralismo cultural*. Desde los criterios de la praxis, la intersubjetividad y la vida, la FL puede construir esta pluriversalidad de los derechos humanos; la visión compleja debe permitir el encuentro con el otro y construir su concepto desde esa apertura. Por eso, debe ser una visión capaz de comprender los procesos de cada cultura que van encaminados a potenciar la praxis humana con el fin de establecer las condiciones para la producción y reproducción de vida.

Boaventura de Sousa Santos (2009b: 517-518) establece ciertas premisas necesarias para un diálogo intercultural sobre DH: a) trascender el debate sobre universalismo y relativismo cultural: es un debate falso que perjudica el uso liberador de los derechos humanos; b) todas las culturas poseen ideas sobre la dignidad humana pero no todas la conciben como equivalente a los derechos humanos; c) todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana; d) ninguna cultura es monolítica, y por lo tanto, dentro de ellas mismas existen diversas versiones de la dignidad humana.

Una idea fundamental para la teoría crítica en relación con la pluriculturalidad de los derechos humanos es el criterio de *riqueza humana* expresada por Herrera Flores (2000b: 264-265). Este criterio se refiere a la posibilidad de reacción que toda persona posee frente al entorno de relaciones en que se encuentra, en busca de acceso a los bienes propicios para una vida digna. Para que los derechos humanos sean instrumentos a través de los que se pueda llevar a cabo este criterio, no se debe universalizar una concepción de ellos o mantener que todas las visiones y prácticas son igualmente válidas. En primer lugar, hay que considerar los derechos humanos como *productos culturales*, y que no son por lo tanto algo previo a la praxis histórica. Se debe rechazar cualquier universalismo que imponga *a priori* el contenido de los derechos, como si pretendieran ser el patrón de medida para una

humanidad perfecta. En cambio, los derechos humanos deben verse como producto de luchas culturales, sociales, económicas y políticas que buscan la transformación de las relaciones de poder para generar un acceso igualitario a los bienes para la producción de vida.

Se requiere que la comprensión compleja esté abierta a la creatividad pluricultural; que posibilite que otros grupos humanos, otros colectivos y otras comunidades sean capaces de crear sus propios procedimientos e instituciones sociojurídicos encaminados a la emancipación; que puedan recrear derechos humanos para satisfacer sus necesidades de vida desde sus propias circunstancias y tramas sociales (Herrera, 2000a: 208).

Pero la complejidad de los derechos humanos no significa fomentar el relativismo cultural o culturalismo. Estas posturas corren los mismos riesgos que el universalismo, al absolutizar una perspectiva y simplificar la realidad a una sola visión. Se olvidan de que, dentro de la complejidad de la realidad histórica, las culturas son incompletas, además de que todas están afectadas por condiciones materiales. En otras palabras, el culturalismo conduce a un nuevo idealismo simplificador cuando cree que *todo* es cultura, pasando por alto las relaciones que están estrechamente marcadas por la materialidad de la historia. Esto significa que para que la complejidad de los derechos humanos realmente asuma la pluralidad cultural del mundo, es necesario comprender que los procesos culturales no fundan la realidad, sino que se encuentran y son parte de ella. Lo que la cultura otorga al sujeto es un instrumental simbólico que le permite a la riqueza humana reaccionar ante determinada configuración de relaciones y tramas sociales. Así, los derechos humanos no se comprenderían como “datos básicos de lo real” ajenos a los procesos históricos, sino que se pondría énfasis en su carácter procesual. Se rechaza entonces un concepto universal de dignidad humana, pero no en función de defender un relativismo ético. Más bien se opta por la construcción de una “pluriversalidad”, como ya se ha dicho, donde desde cada cultura o desde cada encuentro intercultural se generen procesos de lucha por instaurar condiciones materiales que hagan posible la producción y reproducción de la vida.

Si bien el criterio de riqueza humana posibilita comprender la capacidad del ser humano para constituirse en sujeto de la praxis, en lucha por crear las condiciones que permitan a todo ser humano vivir con dignidad, queda la duda de qué entender por dignidad humana en un contexto de pluralismo cultural. Al respecto, De Sousa Santos se hace la pregunta de por qué hay tantos principios diferentes en torno a la dignidad humana —todos con pretensión de ser únicos— y por qué a veces son contradictorios entre sí. Llega a la conclusión, como ya mencionamos, de que “las culturas poseen ideas sobre la dignidad

humana, pero no todas conciben la dignidad humana como equivalente a los derechos humanos. Es, por tanto, importante buscar preocupaciones isomórficas entre diferentes culturas” (De Sousa Santos, 2009b: 517). Propone, entonces, una concepción *mestiza* de DH, que en vez de recurrir a falsos universalismos se organice a sí misma como una constelación de significados locales y mutuamente inteligibles.

Semejante a la propuesta de De Sousa Santos, se encuentra la *hermenéutica analógica* desarrollada por Mauricio Beuchot (2009). Es un intento de superar la distensión que se produce entre hermenéuticas de corte univocista y equivocista. Las hermenéuticas univocistas son aquellas que sostienen que hay solo una interpretación válida de un texto (en su sentido más amplio). Las hermenéuticas equivocistas, al contrario, sostienen que prácticamente todas las interpretaciones son válidas. A diferencia de ambas, una hermenéutica analógica acepta más de una interpretación como válida, pero no todas; hay un grupo de ellas, pero ordenadas según alguna jerarquía, de modo que haya unas interpretaciones mejores que otras, siguiendo una gradación en la que llega un punto en el que ya no son adecuadas al texto en cuestión.

Una hermenéutica analógica tiene como uno de sus efectos evitar los inconvenientes de una interpretación unívoca y de una equívoca, pero a la vez sacando provecho de sus ventajas. En este sentido, se puede afirmar que la hermenéutica analógica es un desarrollo del pensamiento complejo. De la hermenéutica unívoca considera que no todas las interpretaciones pueden ser verdaderas; de la hermenéutica equívoca toma la lección de que no solo una puede ser verdadera. Tienen que ser más de una, pero no todas (Beuchot, 2007: 11-50). Para poner un límite a la interpretación se utilizan criterios analógicos. Hay un límite analógico para frenar la extracción de significado de un texto, para que no se vuelva explotación descontrolada. Hay límites sintácticos, semánticos y pragmáticos: el conocimiento del idioma, su correlación con los significados y el estudio del contexto cultural del autor del texto. Es necesario usar el diálogo con los otros miembros de la comunidad de intérpretes. La analogía exige el diálogo, pues se *analoga* mejor de manera comunitaria. En todo caso, el contexto del texto pone límites para la interpretación y evitar así el equivocismo.

Si la hermenéutica analógica trata de evitar la cerrazón de la univocidad, para permitir y reconocer la pluralidad, también trata de superar la postura equivocista, que termina fácilmente en el relativismo. Señala Beuchot que la polisemia o multivocidad puede ser equívoca o analógica. La equívoca no tiene reducción ni límites; la analógica es una pluralidad acotada y limitada. Es la que se desea para la hermenéutica analógica. En efecto, esta hermenéutica aplicada al tema que nos ocupa, conduce al pluralismo cultural analógico, el cual privilegia

la diferencia y trata de proteger cuanto es posible la identidad de las culturas. Pero esto no quiere decir que este pluralismo considere que las culturas son perfectas; al contrario, para evitar la equívocidad establece límites analógicos, y por lo tanto fomenta el diálogo y la convivencia de culturas: “De cada cultura habrá elementos que alguna, algunas de las demás o todas las otras aceptarán, otros elementos que tolerarán y otros que rechazarán” (Beuchot, 2005: 62). De ahí que se pueda generar un tipo de “universalidad” desde abajo, que no sea *a priori* sino *a posteriori*, como producto de un diálogo e intercambio entre las culturas, con el propósito de superar sus “incompletitudes” (Beuchot, 2005: 66).

Una teoría crítica de DH debe ser capaz de asumir una *metodología de la traducción*, sea como *hermenéutica diatópica* o como *hermenéutica analógica*, que parta del presupuesto de que una necesidad o una práctica en una cultura puede volverse comprensible e inteligible por otra cultura. Es decir, se debe dar soporte epistemológico para que los derechos humanos puedan enriquecerse con las praxis de liberación que se desarrollan en cada cultura. Praxis que son —por ser históricas— finitas y completas, pero que forman parte de la realidad histórica como totalidad.

No existe cultura pura ni completa; toda cultura está constituida por muchas culturas y racionalidades. Lo que se busca a través de una teoría crítica de derechos humanos sería, entonces, no la imposición de un modelo monocultural de valores y de la comprensión de la dignidad humana, sino la generación de procesos de lucha que transformen las relaciones y las instituciones sociales, culturales, políticas y económicas, buscando que cada ser humano consiga los bienes necesarios para la producción y reproducción de su vida. Estos procesos de cambio se ven enriquecidos por el diálogo entre culturas; consistiría en promover la *pluriversalidad* de controversia (Sánchez, 2010: 21).

Siguiendo el sentido de estas reflexiones, es hasta cierto punto sencillo percatarse de que el pluralismo cultural asumido por una teoría crítica, que evita caer en un universalismo abstracto o en un relativismo absolutista, se complementa con una de las principales características del *logos* histórico: la perspectiva de la víctima. En otras palabras, los procesos que se pueden calificar de DH deben potenciar las relaciones humanas emancipadoras-liberadoras y superar las relaciones reguladoras-opresoras.

4. CONCLUSIÓN

Se han presentado tres puntos sobre los que se considera necesario reflexionar para construir una teoría crítica de DH: recuperar la complejidad, resignificar la subjetividad y construir la pluriculturalidad.

Estas reflexiones buscan superar las limitaciones monoculturales y abstractas que caracterizan a la teoría clásica y hegemónica de derechos humanos del pensamiento eurocentrado.

Una teoría crítica debe abrir los derechos humanos a la pluralidad cultural y a las luchas históricas llevadas a cabo por los pueblos oprimidos del planeta; por eso se resignifica la subjetividad desde un sujeto intersubjetivo, que desarrolla una praxis de liberación para juridificar las necesidades y acceder a los bienes para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. En efecto, los derechos humanos deben tener el criterio de vida o muerte como de última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso en el que entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad está subordinada a la vida.

Lo anterior entraña un retorno del sujeto, pero no del sujeto abstracto, sino del sujeto viviente, corporal, intersubjetivo y práxico, como un horizonte filosófico para una crítica de la globalización neoliberal. Es decir, la praxis se realiza por una comunidad de víctimas —que se constituye en un sujeto intersubjetivo— que busca, ejerciendo el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Por eso la praxis es un hecho más radical que el estado o la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de DH. Rechaza el etnocentrismo y la falacia desarrollista; en cambio, defiende la necesidad del sujeto, pero no del sujeto individualista de la modernidad hegemónica, sino del sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad, y construyendo espacios de dignidad desde sus propios significantes culturales.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M. 1989 *Introducción al derecho* (Barcelona: Barcanova).
- Beuchot, M. 2005 *Multiculturalidad y derechos humanos* (México: Siglo XXI-UNAM).
- Beuchot, M. 2007 *Compendio de hermenéutica analógica* (México: Torres Asociados).
- Beuchot, M. 2009 *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de la interpretación* (México: UNAM-Itaca).
- De Sousa Santos, B. 2000 *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia* (Bilbao: Desclée de Brouwer).
- De Sousa Santos, B. 2009a *Una epistemología del sur* (México: Siglo XXI-Clacso).
- De Sousa Santos, B. 2009b *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho* (Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA).

- Dussel, E. 1996 *Filosofía de la liberación* (Bogotá: Nueva América).
- Dussel, E. 1998 *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión* (Madrid: Trotta).
- Dussel, E. 2006 *Veinte tesis de política* (México: Siglo XXI).
- Ellacuría, I. 1999 *Filosofía de la realidad histórica* (San Salvador: UCA Editores).
- Ellacuría, I. 2000 “En torno al concepto y a la idea de liberación”, en *Escritos teológicos*, tomo I (San Salvador: UCA Editores).
- Ellacuría, I. 2012a “Respuesta a Cetrul. Mayorías oprimidas, reivindicaciones indígenas en Centroamérica y el problema de los derechos humanos”, en Juan Antonio Senent (ed.) *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)* (Bilbao: Universidad de Deusto), pp. 293-296.
- Fariñas Dulce, J. M. 2006 *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud posmoderna”* (Madrid: Instituto Bartolomé de Las Casas/Dickinson).
- Gallardo, H. 2008 *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos* (Murcia: DSR).
- García Ruiz, P. E. 2003 *Filosofía de la liberación. Una aproximación al pensamiento de Enrique Dussel* (México: Dríada).
- González, A. 1999 “Prólogo”, en Ignacio Ellacuría, *Filosofía de la realidad histórica* (San Salvador: UCA Editores).
- Herrera Flores, J. 2000a “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en Joaquín Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica a la razón liberal* (Bilbao: Desclée de Brouwer).
- Herrera Flores, J. 2000b “La riqueza humana como criterio de valor”, en Joaquín Herrera (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal* (Bilbao: Desclée de Brouwer).
- Herrera Flores, J. 2005 *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto* (Madrid: Catarata).
- Hinkelammert, F. 1998 *El grito del sujeto* (San José: DEI).
- Hinkelammert, F. 2002 *Crítica de la razón utópica* (Bilbao: Desclée de Brouwer).
- Hinkelammert, F. 2005 *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido* (Heredia: EUNA).
- Morin, E. 2005 *Introducción al pensamiento complejo* (Barcelona: Gedisa).
- Salamanca, A. 2003 *Yo soy guardián mundial de mi hermano. Hacia la universalización ética de la opción por el pobre desde el pensamiento de K.O. Apel, E. Dussel y X. Zubiri* (Frankfurt: IKO).
- Samour, H. 1999 “Filosofía y libertad”, en Rodolfo Cardenal y Jon Sobrino (coords.), *Ignacio Ellacuría. Aquella libertad esclarecida*

- (Santander: Sal Terrae).
- Sánchez Rubio, D. 2007 *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos* (San Luis Potosí: UASLP-CEDH).
- Sánchez Rubio, D. 2010 “Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos”, en *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (San Luis Potosí: UASLP), N.o 17.
- Senent, J. A. 2007 *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis* (Valencia: Tirant Lo Blanch).
- Solórzano, N. 2002 “Marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.) *Derecho alternativo y crítica jurídica* (México: UAA-Iteso-Porrúa).
- Wolkmer, A. C. 2002 “Bases éticas para una juridicidad alternativa”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.) *Derecho alternativo y crítica jurídica* (México: UAA-Iteso-Porrúa).

JURISDICCIONES INTERCULTURALES Y MUJERES MAPUCHES EN CHILE

Luis Villavicencio Miranda

1. INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo los pueblos indígenas no fueron una preocupación para el derecho. Recién adoptado el Convenio 107 de 1957 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se comenzó a prestar atención a las mal *denominadas poblaciones indígenas*, aunque con un claro sesgo asimilacionista. Luego se evolucionó hacia el reconocimiento pleno de los *pueblos indígenas* con el Convenio 169, que entró en vigor en 1991 y a la fecha ha sido ratificado por veinte estados, trece de ellos de Latinoamérica (Aylwin et al., 2013: 337-342)¹. Chile lo hizo en 2008. La evolución internacional alcanzó un nuevo hito en 2007, cuando la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que les reconoce a estos el derecho a la libre determinación.

1 Esto no implica negar, por supuesto, que el derecho haya sido durante siglos una poderosa herramienta al servicio, primero, de la reducción de los *naturales de las Indias* a la calidad de “menos que humanos”, justificando una política de exterminio o dominación según conveniencia y, luego, una política de asimilación y de integración forzada de los “bárbaros”. Un excelente análisis del Convenio 169, con especial énfasis en el caso chileno, puede verse en Aylwin et al. (2013: 337-439). Por otra parte, para una visión panorámica de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, véase de los mismos autores (2013: 523-599).

En casi todos los estados latinoamericanos, gracias al impulso que supuso el Convenio 169, se cuestionó por parte de los pueblos indígenas el paradigma del *Estado nación* sobre el que se construyeron las repúblicas del sur del mundo, reivindicando la introducción de reformas constitucionales y legales (Aylwin et al., 2013: 30).

Chile, en cambio, es el único Estado en Latinoamérica con una presencia indígena significativa y territorialmente asentada que no ha sido reconocida a escala constitucional. Para comprender la singularidad del caso chileno, al menos respecto de la nación mapuche, se debe retroceder en el tiempo hasta los albores de la república. Tal como plantea Clavero (2007: 107-128), la relación entre el naciente Estado chileno y *Wallmapu*² se inserta en la emergencia de definir sus fronteras. Chile se independiza, pero se encuentra al sur del Bío-Bío con *Wallmapu*, revitalizando la práctica de los tratados que los españoles impulsaron desde el siglo XVI para relacionarse con la nación mapuche. El más importante de esos tratados fue el Parlamento General de Tapihue, que consagró básicamente una confederación entre Chile y *Wallmapu*. Sin embargo, las constituciones chilenas posteriores a ese tratado, entre ellas la de 1833, lo omitieron absolutamente (2007: 117)³.

Sobre esa omisión jurídica, pero también gracias a una historiografía fantasiosa, se construyó la artificial idea de que Chile fue, desde sus inicios, un Estado nación homogéneo y unitario. Este relato se ha mantenido, en lo medular, inalterado⁴. Ni la aprobación el año 1993 de la mal denominada *Ley Indígena*⁵, que se limitó a reconocer etnias, pero no pueblos⁶, ni la ratificación el año 2008 del Convenio 169 a

2 La expresión *Wallmapu* significa país o nación mapuche. Se ha preferido usar el vocablo en *mapudungun* para ilustrar que se está hablando de dos naciones que dialogan en pie de igualdad.

3 Véase también Toledo (2006: 15-27) y Bengoa (2014: 33-61).

4 Las propuestas y recomendaciones del informe final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas del año 2003 son elocuentes al respecto: “El proceso de conformación del Estado nación chileno supuso un intento sistemático y deliberado por asimilar a los pueblos indígenas: fue el intento de las élites del siglo XIX de conformar una ciudadanía leal a la nación. La nación chilena no es el producto de una evolución natural espontánea, que inspira al desarrollo no deliberado de una comunidad” (Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, 2008: 531).

5 La denominación es equívoca porque esta legislación reúne las normas estatales que se aplican a los indígenas, no al derecho propio de los pueblos indígenas.

6 Aylwin lo resume así: “La legislación chilena, hasta hace poco, no reconocía la existencia de los pueblos indígenas, así como tampoco los derechos que estos tienen sobre sus tierras, territorios y recursos de propiedad ancestral —con excepción de las

esperas de su íntegra aplicación, han cambiado ese panorama⁷. Chile se encuentra lejos, entonces, de ser un Estado plurinacional que reconozca autonomía territorial y política a los pueblos indígenas.

Dentro de este panorama general desolador, el objetivo específico de este trabajo es explorar la situación de las mujeres indígenas que son, al mismo tiempo, parte de un colectivo culturalmente desamparado por referencia a la comunidad dominante del Estado en que se insertan, pero también son un grupo vulnerable dentro de sus propias comunidades de pertenencia al quedar expuestas, precisamente por razones culturales, a situaciones de opresión y violencia. Específicamente, se revisará un aspecto particular de la implementación del Convenio 169: el reconocimiento del pluralismo jurídico y de una jurisdicción indígena aplicada al caso de las mujeres mapuches.

Desde el punto de vista del derecho, el desafío consiste en construir mecanismos que permitan, por una parte, respetar la construcción de la propia identidad con referencia a horizontes identitarios y, por otra, asegurar la debida protección de grupos vulnerables para que la concepción defendida desde el interior de las culturas minoritarias, en especial las nacionales, en orden a que estas admiten disidencia interna, asegure precisamente que las personas puedan disentir dentro de su propia cultura.

2. LA NECESIDAD DE SUPERAR EL ESTRECHO IDEAL DE CIUDADANÍA LIBERAL

Tanto la teoría feminista (Sánchez, 2002: 359) como las diversas clases de multiculturalismos (Kymlicka, 2007: 61-86; Parekh, 2002: 133-150; De Lucas, 2001: 61-102; Banting, Kymlicka, 2006: 9) han sostenido que la concepción liberal de la ciudadanía estigmatiza a los grupos que no calzan en ella. Esta noción de ciudadanía se caracteriza por considerar a los individuos como la fuente última de la legitimidad política, concibiéndolos como titulares de ciertos derechos por su condición de agentes morales abstractamente iguales (Song, 2007: 68; Delanty, 2010; Jackson, 2005; Modood, 2007; Zúñiga, 2009, 2010).

Los derechos ideados para ese “ciudadano normal” no se acomodan a las necesidades de grupos diferenciados, puesto que demandan algo más que las tradicionales políticas redistributivas del Estado

aguas, en el caso de los pueblos andinos—. Nuestra legislación tampoco reconocía el derecho a la autonomía de justicia e instituciones propias de estos pueblos” (Aylwin et al., 2013: 32).

7 Una revisión general del Convenio 169 y el derecho chileno puede verse en Contesse (2012). Para una visión sinóptica crítica de la aplicación del Convenio en Chile, véase Habersang e Ydígoras (2015: 264-273).

democrático de derecho (Kymlicka, 2002: 327-376). Esto se explica porque en los estados modernos conviven dos tipos de jerarquías: la económica y la asociada al estatus. La posición que una persona ocupa en la jerarquía económica está determinada por su relación con el mercado y los medios de producción. La lucha contra las iniquidades inherentes a esta jerarquía generan las *políticas de redistribución*. La jerarquía del estatus se refleja en reglas discriminatorias contra grupos de menor categoría y su carácter estereotipado. Las luchas contra estas jerarquías generan las *políticas de reconocimiento o de la diferencia* (Fraser, 2000: 107-120; Delanty, 2010: 59; Modood, 2007: 68-70).

Pese a que podamos distinguir las políticas de redistribución y reconocimiento conceptualmente, lo cierto es que en el mundo real aparecen superpuestas. Con todo, la evidencia sugiere que la jerarquía del estatus no es reducible a la jerarquía económica. Como prueba de lo anterior, es posible señalar casos de grupos económicamente consolidados pero culturalmente estigmatizados, como los homosexuales, ciertos inmigrantes y algunos grupos religiosos (Kymlicka, 2002: 327-376). En esa línea, el planteamiento de Young es especialmente relevante, pues gira en torno a un nuevo concepto de opresión que “designa las desventajas e injusticias que sufre alguna gente no porque un poder tiránico la coaccione, sino por las prácticas cotidianas y estructurales de una bienintencionada sociedad liberal” (2000: 74). En particular, tratándose de las mujeres, la opresión “consiste, en parte, en una transferencia sistemática y no recíproca de poderes a los hombres” (2000: 89) que genera una desigualdad de estatus, poder y riqueza resultante de la práctica cultural, y permite que los hombres excluyan a las mujeres de las actividades privilegiadas, desigualdad que es posible precisamente *porque las mujeres trabajan para ellos*. De este modo, la explotación de género se inicia con “la transferencia a los hombres de los frutos del trabajo material y de las energías sexuales y de crianza” (2000: 89) de las mujeres, lo que no se modificará a menos que lo haga la estructura social y cultural.

Como bien lo plantea Deveaux (2000: 16-26, 2006: 54-88), la noción de ciudadanía democrática liberal se encuentra en mal pie para intentar armonizar las diferencias sociales y culturales de los ciudadanos. En la actualidad, la disputa se ha centrado, gracias a una comprensión más compleja de la identidad cultural (2006: 1-22), en las diferencias en los grupos minoritarios y en cómo afectan el estatus de sus demandas, siendo a la vez entendidas las prácticas culturales como espacios donde se lleva a cabo la impugnación de estas (Benhabib, 2002; Parekh, 2006: 336-338). Este amplio reconocimiento de los desacuerdos que se suscitan dentro de los grupos culturales minoritarios requiere enfatizar el estudio del tratamiento que se les da

a los miembros más vulnerables de tales comunidades, es decir, a las minorías dentro de las minorías que deben hacer frente, como sucede en toda colectividad, a quienes monopolizan el poder hegemónico y el control del grupo (Einsenberg, Spinner-Halev, 2005).

En este contexto surge como trascendental el examen de las demandas de grupos culturales, sobre todo tratándose de aquellas comunidades que adhieren a prácticas que refuerzan tradiciones que, a la luz de las normas del Estado democrático constitucional en las que esos grupos están inevitablemente insertos, son discriminatorias (Villavicencio, 2014).

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS POR SITUACIONES DE VIOLENCIA CONTRA MUJERES MAPUCHES

De acuerdo con cifras del Servicio Nacional de la Mujer (Sernam)⁸, en Temuco —la zona más densamente poblada por indígenas mapuches— se resolvieron entre 2011 y 2012 diecisiete casos de violencia contra la mujer mediante una disculpa del agresor, según dicta una controvertida interpretación de la costumbre mapuche (Antilef, 2013). En general, se trata de casos en los que la víctima y el agresor son de etnia mapuche y la defensoría penal invoca las formas propias que tendría ese pueblo para resolver los conflictos de violencia intrafamiliar por medio de un *acuerdo reparatorio*⁹. El límite aplicado parece ser el siguiente: aceptar los acuerdos reparatorios solo si se trata de mujeres que no han sufrido violencia reiterada ni grave (Bravo, 2017)¹⁰. ¿Es razonable la solución impulsada por la defensoría penal pública? ¿Se cumplen los límites del Convenio 169 y los demás tratados

8 En junio de 2016 adquirió la categoría de ministerio y se denominó Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género.

9 Cabe destacar que estos acuerdos no son espontáneos, sino que obedecen a una decisión institucional de la defensoría penal pública. Su origen fue una oficina de atención para imputados mapuches que derivó en la creación de una defensoría penal especializada en la Araucanía para personas mapuches en 2003. En la actualidad, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Temuco ha terminado por validar la práctica de estos acuerdos.

10 Excelentes análisis, desde una dogmática penal interculturalmente sensible, pueden verse en Carmona (2015), Villegas (2012, 2014), Palma y Sandrini (2014) y Couso (2013). Una visión exhaustiva de la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile puede leerse en Villegas y Mella (2017). Para una visión más global con una descripción de las propias categorías normativas desde la cosmovisión mapuche, véase Melin et al. (2016). Para una revisión del pluralismo jurídico desde la perspectiva del derecho indígena, véase Garzón (2016: 213-261). Es relevante apuntar que el artículo 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar prohíbe los acuerdos reparatorios. Volveré sobre esto más adelante.

internacionales?¹¹. El desafío estriba, precisamente, en proponer un mecanismo de conciliación entre la vigencia de los derechos de las mujeres, como minoría dentro de las mismas minorías, que contribuya a superar las soluciones binarias que aparecen en el horizonte. En ese sentido, es impostergable avanzar hacia un discurso feminista que, sin negar la importancia de la cultura, reconozca las condiciones de subordinación de las mujeres dentro de ellas; que avance en la reivindicación de los derechos básicos de las mujeres e identifique cuáles son las circunstancias de su contexto particular que impactan en la exclusión. La clave es no dar cabida, *ex ante*, a los prejuicios de una cultura sobre otra para argumentar sin más la subordinación de todas las mujeres (Sandoval & Undurraga, 2012: 32).

La propuesta para resolver el problema planteado pasa, según mi opinión, por combinar tres propuestas teóricas moduladas entre sí: el modelo de las jurisdicciones multiculturales, una concepción culturalmente sensible de la democracia deliberativa y una perspectiva *interseccional*. El modelo de las *jurisdicciones multiculturales*, propuesto por Ayelet Shachar (Cfr. Villavicencio, 2014), parte de lo que la filósofa denomina la paradoja de la *vulnerabilidad multicultural*, esto es, la justificada reticencia feminista liberal ante la potencial opresión que, en nombre de los derechos de grupo, pueden sufrir las mujeres cuando los esfuerzos bien intencionados dirigidos a mejorar la autonomía de esos grupos y respetar la diversidad cultural pueden hacer más gravoso revertir las desigualdades de género o, incluso, profundizar la subordinación (Shachar, 2001: 4-10).

La aspiración fundamental del modelo es dejar atrás la paradoja, logrando proteger a los grupos vulnerables por medio del entrecruzamiento de las jurisdicciones estatales y comunitarias desde una concepción dinámica de las culturas. Así podrían justificarse las acomodaciones de la jurisdicción estatal que mejoran la posición de los grupos subordinados, mientras se amparan las diferencias culturales, generando condiciones para el cambio interno de la cultura y no fomentando su oposición refractaria hacia la comunidad dominante. Se institucionaliza una regla de no monopolio jurisdiccional y se asegura la elección individual, caso a caso, de la ley aplicable. De modo que, por ejemplo, una mujer indígena tendrá asegurados jurisdiccionalmente sus derechos individuales cuando escoja someterse a la jurisdicción estatal en vez de la costumbre indígena que, en su opinión, la discrimine. La idea es equilibrar, por un lado, el reconocimiento

11 Desde la perspectiva del derecho internacional, el mejor análisis disponible de los casos aquí presentados es el trabajo de Nash et al. (2013: 41-64).

de la autonomía normativa cultural, y por el otro, la operatividad de los mecanismos protectores de los derechos fundamentales básicos (Shachar, 2001: 117; Pérez de la Fuente, 2004: 423-425).

Más allá del problema evidente de incerteza y del costo que supondría implementar una jurisdicción pluralista, algunas críticas relevantes a Shachar son las que siguen. En primer lugar, en un modelo pluralista no se traza una distinción clara entre lo correcto y lo factible, es decir, se puede llegar a confundir la comprensión estratégica de cuestiones morales con aquello que por principio se considera justo (Cfr. Kukathas, 2012: 53-55). En segundo término, los procedimientos necesarios para institucionalizar la jurisdicción multicultural a veces corren el serio riesgo de provocar una refeudalización de la ley, socavando la igualdad ante la ley (Benhabib, 2002: 128). Hay una diferencia relevante entre las excepciones hechas a favor de determinados grupos sobre la base de razones que se supone que todos comparten, y el presupuesto de que las razones que justificarían el trato diferencial ya no exijan ser generalizadas. O sea, si no se especifica la capacidad de los principios constitucionales para prevalecer en algún momento, es posible que no se resuelva la paradoja de la vulnerabilidad multicultural, sino que se permita su recirculación por el sistema jurídico (Barry, 2002: 38-50). En tercera instancia, permanece latente el enlodamiento del proceso judicializando el diálogo político y cultural.

Las *propuestas deliberativas*, por su parte, buscan revitalizar un diálogo intercultural que permita, desde una visión no reduccionista de la cultura¹², la comparecencia de todos los grupos en igualdad de condiciones dialógicas en la esfera pública. Así, por ejemplo, Benhabib propone una noción de cultura articulada sobre la base del constructivismo social caracterizada por una visión narrativa de las acciones y de la cultura conforme a la cual se debe distinguir entre el punto de vista del observador social y el del agente social. El observador social es el que impone —de la mano de las élites locales— la unidad de las culturas como entidades observadas. En cambio, el agente social representa la perspectiva de los participantes de la cultura que experimentan sus tradiciones a través de relatos narrativos compartidos, aunque también controvertibles. Desde su interior, una cultura nunca aparece como un todo homogéneo (2001: 4-5). Pues bien, las tesis multiculturalistas deben sacudirse de esa concepción

12 Debe superarse una *sociología reduccionista de la cultura* fundada en premisas epistémicas falsas: a) afirmar que las culturas son claramente delineables; b) creer que es posible una descripción no controvertida de la cultura, y c) considerar que aun cuando las culturas y los grupos no se corresponden entre sí, esto no implica problemas para la política (Benhabib, 2002).

estática de la cultura: si una cultura cae en este vicio sería inconsistente con la única versión plausible del multiculturalismo, puesto que petrificaría la cultura a costa de la autonomía de algunos de sus miembros, impidiendo que estos cuestionen su pertenencia a la cultura. La cultura dejaría de ser, como lo asegura Parekh (2006: 295-338), permeable externamente, haciendo vano todo cuestionamiento sobre el modo en que se debe tratar a las minorías dentro de las minorías.

Para las *propuestas deliberativas* no basta el derecho de salida, ya que traslada el peso del conflicto al individuo. Si la identidad cultural de verdad interesa a los sujetos, es muy probable que decidan permanecer en sus grupos desafiando a las élites (Phillips, 2007a: 151-157; Shachar, 2001: 40-42). De este modo, la democracia deliberativa emerge como el modelo más adecuado para responder a nuestro desafío, caracterizándose por dos elementos claves: a) un marcado énfasis en la esfera pública, que es el lugar donde deben situarse las disputas culturales y donde ocurren las transformaciones políticas; b) una defensa de la apertura de la agenda del debate público difuminando la distinción entre lo público y lo privado, entre lo que es de todos y lo que es solo propio de mi cultura (Benhabib, 2002: 106-114; Deveaux, 2000: 138-179).

Las *propuestas deliberativas* parecen ser las más potentes, pero también presentan dificultades. Las más relevantes son las que se deducen de las objeciones generales que se hacen al modelo deliberativo: ¿quién ha de participar en la deliberación? ¿Quién se incluye, a quién se silencia y quién habla por quién? ¿Qué normas son supuestas por el esquema deliberativo y si son estas genuinamente compartidas o son excluyentes? ¿Cómo se conduce la deliberación? ¿Qué tipo de resultado debe ser el esperado? (Deveaux, 2005: 344 y 345). Pero más allá de las tensiones generales que afectan a estas propuestas, se mantiene la ambigüedad que afecta propuestas como las de Parekh: esperar a que el debate fluya para que se haga más amigable no es algo que los grupos oprimidos estarían dispuestos a aceptar. En palabras de Deveaux (2005: 360-361), hay tres peligros de los cuales el enfoque deliberativo no puede sacudirse: primero, la posibilidad siempre contingente de que los resultados de la deliberación no sean justos; segundo, que el modelo deliberativo descansa en una concepción de la legitimidad política paradójicamente construida en tensión con las visiones canónicas de ciertos grupos tradicionales cuyas prácticas son cuestionadas, y tercero, el rechazo de parte de las comunidades tradicionales a los efectos que pudieran generar en ellas la implementación de una deliberación abiertamente inclusiva.

Tanto la tesis de las jurisdicciones multiculturales como las propuestas deliberativas han de ser moduladas con la perspectiva *interseccional*¹³. La interseccionalidad¹⁴ es un enfoque crítico que permite comprender la identidad de las personas en contextos diversos y a partir de las conexiones entre las estructuras de género, etnia y clase social, y la manera como la intersección de estas puede producir contextos complejos de desigualdades que son, a su vez, analizados en términos de poder a través de distintos niveles (Anthias & Yuval-Davis, 1992; Anthias, 1998; Andersen, 2006; McCall, 2005; Winker & Degele, 2009). Para Anzaldúa (1987), la etnia, la clase social y el género contribuyen en la manera como nos percibimos y como nos perciben, y cumplen un papel constitutivo en la tarea de emprender la construcción de las identidades. De la lectura de Anzaldúa se desprende una crítica a las condiciones opresivas (para las mujeres) inherentes a los sistemas culturales dominados por una supremacía de lo masculino. Estas condiciones son difíciles de separar en la medida en que se constituyen como experiencias simultáneas de opresión: no se puede criticar el racismo sin hacer referencia al sexismo y al clasismo, y viceversa.

La interseccionalidad es, entonces, una alternativa a la política de la identidad que permite considerar las diferencias intragrupales, subvirtiendo las separaciones entre género, etnia y clase social como elementos disyuntivos. Al hablar de diversidad cultural se busca destacar la necesidad de entenderla a partir de su carácter constitutivamente interseccional. La diversidad cultural constituye un fenómeno formado por distintas condiciones que la modelan conjuntamente de un modo que no puede definirse *a priori*, poniendo de relieve su origen complejo y su interconexión con distintas condiciones de identificación y discriminación social, como el sexo, la etnia y la clase social, entre otras. Esta postura se sustenta en el principio de que ninguna cultura debería reivindicarse sin haber hecho conciencia de aquellos aspectos sexistas, racistas y clasistas que la constituyen.

Expuesto el modelo, quisiera ahora volver sobre los casos que ilustran el dilema que estamos tratando. Para hacerlo adecuadamente, es útil diferenciar entre el reconocimiento del derecho propio de primer nivel, es decir, aquel que se verifica ante la justicia estatal, y el de segundo nivel, esto es, aquel que se cristaliza en una jurisdicción indígena propia (Melin et al., 2016: 71-86). Los acuerdos reparatorios

13 He indagado las posibilidades de la perspectiva interseccional, a propósito del caso de la pastora aymara Gabriela Blas en Villavicencio (2017: 355 -387).

14 Hemos revisado la idea de interseccionalidad en otro trabajo (García & Villavicencio, 2016).

se enmarcan en el primer nivel, o sea, se trata de casos en que los órganos jurisdiccionales, para aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, “deberán tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (artículo 8 del Convenio 169) y sus “características económicas, sociales y culturales” (artículo 10 del Convenio 169).

El principal problema para considerar el *Az Mapu*¹⁵ en casos de violencia intrafamiliar es doble. Por una parte, el artículo 19 de la Ley 20.066 prohíbe expresamente los acuerdos reparatorios, y por otra, el artículo 8.2 del Convenio 169 establece como límite a la aplicación del derecho propio los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico tanto nacional como internacional.

El caso de los acuerdos reparatorios grafica muy bien la tensión que recorre transversalmente la aplicación del Convenio 169 de la OIT al disponer la obligación de asegurar el acceso a la justicia a las personas que pertenecen a un pueblo originario, pero considerando su derecho propio. Si bien en el artículo 8.1 del convenio se determina que al “aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres”, consagra de inmediato, como límite al derecho de conservar costumbres, la circunstancia de que “estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”¹⁶. Expresión concreta de esa tensión en materia penal es la necesidad de compatibilizar el deber de las autoridades y los tribunales de tener en cuenta las costumbres de los pueblos originarios (art. 9.2) y el coto vedado de los derechos fundamentales (Aylwin et al., 2013: 416-431)¹⁷.

En los casos que nos ocupan hay varios nudos críticos que demandan una perspectiva más dinámica para hacernos cargo de asuntos difíciles —como este—, que superan la lógica unidimensional

15 Sistema jurídico mapuche.

16 A primera vista, parece clara la filiación multiculturalista liberal del Convenio 169; en ese sentido, se le pueden imputar, en buena medida, las críticas que se han hecho a la propuesta conceptual de Kymlicka de los *derechos de acomodo* (Villavicencio, 2012). El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos emitió, en relación con el artículo 3 del pacto, la Observación General N.º 28 (2000) sobre igualdad entre hombres y mujeres que sigue el mismo principio: la cultura no debe ser un pretexto válido para vulnerar el derecho de la mujer a la igualdad ante la ley.

17 He explorado este problema desde la perspectiva de las mujeres indígenas en Villavicencio (2015). El fundamento para excluir la procedencia de los acuerdos es tan evidente como plausible: las partes involucradas en casos de violencia intrafamiliar se encuentran en una relación desigual de poder, producto de la violencia.

del discurso de los derechos humanos y la tirantez no resuelta en el Convenio 169 entre el derecho propio y la promesa expansiva de los derechos fundamentales. En primer lugar, desde la esfera de los derechos humanos se encuentra el derecho de todas las mujeres a no sufrir violencia de ninguna especie. La potencia transcultural de este derecho es indudable, por mucho que pueda modularse en cada situación concreta por razones culturales, religiosas o de otra índole. En segundo término, concurre la obligación de respetar los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas con el fin de neutralizar el *asimilacionismo* característico del derecho estatal y reconocer, en cambio, la existencia de regímenes jurídicos pluralistas (Aylwin et al., 2013: 416-417). En tercera instancia, se presenta la remisión a los derechos fundamentales por el propio Convenio 169 como límite a la aplicación del derecho propio. En cuarto lugar, se observa la clase social como un aspecto clave en la forma en que se evalúa un caso. Y, finalmente, el género aparece como relevante, sobre todo por la naturalización de la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja o de parentesco, los que impactan en cada uno de los ámbitos indicados. ¿Habrán algún modo satisfactorio de administrar estas tensiones?¹⁸. El dilema se puede resumir en el choque entre la interdicción de la violencia entendida como transcultural o culturalmente situada, y cómo esa definición supone consecuencias normativas. Los factores que entran en juego son la etnia, el sexo, la clase social, la pretensión hegemónica del discurso de los derechos humanos y la pluralidad fáctica (aunque no institucionalizada) de sistemas normativos. El planteamiento que se propone descansa —como ya se dijo— en la interseccionalidad y en un modelo de jurisdicciones multiculturales deliberativamente situado.

Sin duda, el factor etnia ocupa un lugar importante en este asunto. Se debe aclarar, en cuanto sea posible, cómo se comprende la violencia contra la mujer en la cosmovisión mapuche. Según un estudio realizado en el marco de un proyecto de investigación a cargo de la Corporación de Mujeres Mapuches Aukinko Zomo (Mercado et al., 2015), la violencia contra la mujer no es una práctica que se pueda naturalizar en ninguna cultura, incluida la mapuche. En este mismo

18 Es evidente que una forma de resolver este conflicto jurídico es, desde el ámbito penal, absolver a la persona indígena por no ser posible hacerle un reproche antijurídico debido a sus prácticas y costumbres culturales. Mi interés en este trabajo es ir más allá para generar una aproximación que, de vuelta, pueda enriquecer el análisis dogmático penal. Para un análisis desde el derecho penal, pero con sensibilidad intercultural, pueden verse los trabajos de Villegas (2012), Villegas y Mella (2017), Guzmán (2014) y Couso (2013).

sentido, Villegas y Mella concluyen que “la significación de la violencia intrafamiliar; sus causas, frecuencia y víctimas dentro del pueblo mapuche no difieren sustancialmente de lo que acontece en la realidad no mapuche” (Villegas & Mella, 2017: 154).

Una vez que se establece que la violencia contra la mujer es condenada transculturalmente y no presenta peculiaridades culturales relevantes, se debe evaluar el modo en que el *Az Mapu* reacciona ante ella (Villegas & Mella, 2017: 153-163; Melin et al., 2016: 25-57). El sistema jurídico mapuche carece de un mecanismo único de resolución de controversias, ya que estas varían en cada comunidad. Con todo, es posible identificar ciertos rasgos comunes mínimos: a) la presencia de un tercero en la resolución del conflicto, ya sea el jefe de la comunidad o *lonko*, los ancianos del grupo de familias o *lof*, la familia extendida en su conjunto, tíos o tías, entre otros; b) la valoración de la conversación y la participación como elementos claves para abordar el conflicto y restablecer el equilibrio para que el individuo que ha cometido la falta “entre a ser gente” (*chekonan*), o sea, restaure su condición de *che* (persona), y c) el consejo o *ngulam*¹⁹, tanto como resultado del conversatorio (*nvxamkawvn*) y sanción.

Como puede observarse, la respuesta del *Az Mapu* a la violencia contra la mujer es compleja, integral y opera en varios niveles. Los acuerdos reparatorios constreñidos a un reconocimiento del derecho propio solo de primer nivel no le hacen justicia. En sede judicial estatal, los actores del sistema de justicia criminal (Defensoría, Fiscalía y tribunal), imbuidos de la lógica adversarial y la estrategia del caso, utilizan únicamente de manera instrumental y accesoría la remisión a la costumbre indígena. Mientras la Defensoría quiere lograr una salida alternativa menos gravosa que la penal para el imputado/agresor, la Fiscalía busca que el rigor del derecho estatal recaiga sobre el imputado y el juez quede atrapado dentro de esta lógica controversial, sin llegar al convencimiento de que ha habido un acuerdo previo real, si la costumbre invocada es o no genuino derecho y sin el conocimiento necesario ni la disposición para actuar él mismo como garante del acuerdo reparatorio. Aún más, en ocasiones la remisión al derecho propio no es funcional para la estrategia del caso de la Defensoría, puesto que supondría reconocer los hechos constitutivos de violencia. Por su parte, el juez anhela que

19 El *ngulam* o *gvlam* es un “mecanismo a través del cual normalmente las personas mayores entregan enseñanza de las pautas y las normas a las nuevas generaciones o —en general— a quienes la necesitan. Aconsejar al otro sobre una determinada materia, sobre cómo comportarse en un contexto o situación o simplemente sobre quien ha cometido una falta” (Melin et al., 2016: 30).

el derecho propio estuviera codificado e incorporado por el derecho estatal, lo que implica un desconocimiento del carácter particularista y comunitario del *Az Mapu*.

Dentro de los propios colectivos de mujeres mapuches, el panorama no es más alentador. Ellas denuncian que son víctimas de violencia estatal e institucional en la implementación de las políticas y programas contra la violencia hacia las mujeres, señalando que no se les reconoce su identidad mapuche. Destacan “el cruce de la violencia policial en territorios en recuperación, y la violencia que ejercen las funcionarias en las mismas instituciones del Estado. El Sernam no se identifica como una institución que brinde confianza ni que garantice los derechos de las mujeres mapuches en el abordaje de las distintas formas y expresiones de violencia. Se reconoce que el acceso a la información ha contribuido de alguna manera a que las mujeres denuncien a sus agresores. Por otra parte, se expresa la falta de abordar la violencia machista y el sexismo desde la educación temprana, así como la necesidad de un reconocimiento constitucional como pueblo, que permita una transformación real de la política y un abordaje de la violencia contra las mujeres mapuches con pertinencia cultural” (Mercado et al., 2015: 17).

La opinión de las mujeres mapuches es especialmente esclarecedora. No parecen estar conformes ni con la justicia estatal ni con la propia. Reclaman la necesidad de un diálogo desde la propia identidad que las constituye doblemente como mujeres e indígenas. Se reconocen a sí mismas como un grupo triplemente vulnerable por razones étnicas, de sexo y sociales. Resulta muy clara la necesidad de avanzar hacia el reconocimiento de una jurisdicción pluralista indígena de segundo nivel, de carácter voluntario para la mujer, en el marco de una interpretación interseccional del derecho propio, sustentada en una distribución transcultural de las condiciones que aseguran la participación en las decisiones colectivas. Específicamente, tratándose del caso de los acuerdos reparatorios, esto supondría que incluyeran la intervención real y directa de la comunidad indígena y sus autoridades. Así, la actual solución que se usa para resolver los casos de violencia contra la mujer no protege ni los derechos de ella ni los de los pueblos indígenas. Parece perentorio que Chile avance “hacia una justicia más respetuosa de los sistemas sancionatorios propios de los pueblos indígenas. Cuestión que no sería incompatible con el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, ya que —debido a que ninguna cultura es estática— estos derechos pueden perfectamente formar parte, ser interpretados a la luz de su cosmovisión y llegar a ser una realidad dentro de sus propios métodos de resolución de conflictos” (Villegas & Mella, 2017: 163).

4. CONCLUSIÓN

El único camino que queda por recorrer es construir una visión pluralista con la finalidad de superar las deficiencias de las propuestas descritas, consideradas aisladamente. Esa concepción pretenderá hacerse cargo de la paradoja de la vulnerabilidad cultural y dilucidar si la apelación a la cultura interna es una justificación suficiente para no reconocerles a las mujeres un catálogo de derechos básicos mínimos que aseguren las precondiciones de una deliberación auténtica. Se trata, entonces, de un equilibrio triple: primero, el reconocimiento de las potestades normativas de las comunidades indígenas (autodeterminación territorial y política); segundo, el reconocimiento de una jurisdicción multicultural que permita escoger caso a caso la legislación aplicable, y tercero, la distribución para todas las personas de los derechos que aseguren una democracia deliberativa. Estos derechos constituyen la garantía institucional de “tomarse en serio” y “cobrarles la palabra” a aquellos que defienden posturas interculturales más intensas, pero que afirman que no defienden una visión esencialista de las culturas.

Cumplidas las condiciones anteriores, se espera que los individuos que pertenecen a la comunidad dominante y la minoritaria se conciban como agentes morales cuya identidad tiene una filiación plural y permitan que, en la vida cotidiana, tanto el Estado como el grupo dominante y los grupos minoritarios se comprendan en cuanto entes sociales mutables que se influyen recíprocamente (Cfr. Shachar, 2001: 118). Es indispensable que las demandas interculturales, precisamente porque sus manifestaciones desafían los presupuestos básicos de las democracias constitucionales modernas, liberen su potencial conflictivo en la esfera civil pública por medio del diálogo y la negociación (Benhabib, 2002: 115). En una democracia deliberativa e intercultural dinámica, las maniobras de los abogados, operadores y jueces que ejercitan las herramientas de modelos pluralistas jurídicos no deberían reprimir del todo el conflicto cultural y político, ni el aprendizaje a través de este por parte de los propios ciudadanos, los de la cultura dominante, los de la cultura minoritaria y sus minorías internas. Tal como lo plantea Deveaux (2005: 362), nada de lo anterior asegura que los resultados de la deliberación van a ser considerados los más justos desde el punto de vista de los interesados, pero los procesos de evaluación y reforma de las prácticas impugnadas, en caso de que sea necesario, generarán soluciones legitimadas democráticamente y serán políticamente viables.

Tratar a las mujeres con igual consideración y respeto no admite soluciones sencillas ni monistas. Se ha de transitar desde posturas que esencializan las culturas a una propuesta que comience por dejar de hablar en nombre de las mujeres. El origen de la posible vulneración

de sus derechos no reposa, necesariamente, en la cultura en que se insertan, sino en los agentes —hombres— que lideran esos grupos y que aseguran representarlas, para en realidad mantener el control, pero también en los estados y en los organismos internacionales que, bien inspirados, se olvidan demasiado a menudo de preguntarles sus opiniones y reconducirlas institucionalmente. De lo que se trata, como de manera gráfica ha señalado Gargarella (2014), es que se deje entrar a las mujeres —y a otros grupos desaventajados— a la “sala de máquinas” de la Constitución, y no contentarse con concederles derechos administrados por la élite dominante.

BIBLIOGRAFÍA

- Andersen, M. 2006 “Race, gender, and class stereotypes: new perspectives on ideology and inequality”, en *Revista Norteamérica*, N.º 1.
- Anthias, F. 1998 “Rethinking social divisions: some notes towards a theoretical framework”, en *Sociological Review*, Vol. XLVI, N.º 3.
- Anthias, F., Yuval-Davis, N. 1992 *Racialized boundaries: race, nation, gender, colour and class and the anti-racist struggle* (New York: Routledge).
- Anzaldúa, G. 1987 *Borderlands / La Frontera: The new mestiza* (San Francisco: Aunt Lute Books).
- Antilef, K. 2013 “Sernam: 17 mapuches han sido exculpados de maltrato a sus mujeres por el Convenio 169”. *Centro de Documentación Mapuche* (Temuco), en <http://www.mapuche.info/index/lumaco/docs/docs/novedades/wps_pdf/fakta/onu080519.html?kat=1&sida=4073> acceso 21 de febrero de 2018.
- Aylwin, J., Meza-Lopehandía, M. & Yáñez, N. (2013) *Los pueblos indígenas y el derecho* (Santiago: LOM).
- Banting, K. & Kymlicka, W. (eds.) 2006 *Multiculturalism and the Welfare State: recognition and redistribution in contemporary democracies* (Oxford: Oxford University Press).
- Barry, B. 2002 *Culture and equality* (Massachusetts: Harvard University Press).
- Bengoa, J. 2014 *Mapuches, colonos y el Estado nacional* (Santiago: Catalonia).
- Benhabib, S. 2002 *The claims of culture. Equality and diversity in the global era* (New Jersey: Princeton University Press).
- Bravo, M. 2017 “Tribunales validan disculpas verbales ante violencia intrafamiliar entre mapuches”, en *Lexweb*. En <<http://www.lexweb.cl/tribunales-validan-disculpas-verbales-ante-violencia-intrafamiliar-entre-mapuches>> acceso 21 de febrero de 2018.

- Carmona, C. 2015 “Hacia una comprensión ‘trágica’ de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N.º 3.
- Clavero, B. 2007 “Reconocimiento de estados (no indígenas) por pueblos (indígenas): Chile y Mapu, caso y categoría”, en Girauo, Laura (ed.) *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas (eds.) 2008 *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas* (Santiago), octubre, en < <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/268>> acceso 21 de febrero de 2018.
- Contesse, J. (ed.) 2012 *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales).
- Couso, J. 2013 “Mapuches y derecho penal”, en Olea, Helena (ed.) *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión* (Santiago: Universidad Diego Portales).
- De Lucas, J. 2001 “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. 6.
- Delanty, G. 2010 *Community* (Abingdon: Routledge).
- Deveaux, M. 2000 *Cultural pluralism and dilemmas of justice* (New York: Cornell University Press).
- Deveaux, M. 2005 “A deliberative approach to conflicts of culture”, en Einsenberg, Avigail & Spinner-Halev, Jeff (eds.) *Minorities within minorities. Equality, rights and diversity* (U.K.: Cambridge University Press).
- Deveaux, M. 2006 *Gender and justice in multicultural liberal states* (Oxford: Oxford University Press).
- Dhamoon, R. 2007 “The politics of cultural contestation”, en Arneil, Barbara, Deveaux, Monique, Dhamoon, Rita & Eisenberg, Avigail (eds.) *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice* (Londres/Nueva York: Routledge).
- Einsenberg, A., Spinner-Halev, J. (eds.) 2005 *Minorities within minorities. Equality, Rights and Diversity* (U.K.: Cambridge University Press).
- Fraser, N. 2000 “Rethinking recognition”, en *New Left Review*, N.º 3.
- García, S. & Villavicencio, L. 2016 “Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género

- interseccional”, en *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 72.
- Gargarella, R. 2014 “El “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El País*, (España) 31 de julio de 2014. En <http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html> acceso 21 de febrero de 2018.
- Garzón, P. 2016 *Ciudadanía indígena: del multiculturalismo a la colonialidad del poder* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- Guzmán, J. L. 2014 “Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 11.
- Habersang, A. & Ydígoras, P. (2015) *El activismo internacional mapuche* (Santiago: Ceibo).
- Jackson, J. 2005 *Minority Rights* (Cambridge, U.K. / Malden, USA: Polity Press).
- Kukathas, C. 2012 “Exit, freedom and gender”, en Borchers, Dagmar & Vitikainen, Annamari (eds.) *On Exit: interdisciplinary perspectives on the right of exit in liberal multicultural societies* (Berlín: Walter de Gruyter).
- Kymlicka, W. 2002 *Contemporary political philosophy. An introduction* (Oxford: Oxford University Press).
- Kymlicka, W. 2007 *Multicultural odysseys. Navigating the new international politics of diversity* (Oxford: Oxford University Press).
- McCall, L. 2005 “The complexity of intersectionality”, en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, Vol. 30, N.º 3.
- Melin, M., Coliqueo, P., Curihuinca, E. & Royo, M. 2016. *Azmapu: una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizuam y el derecho propio* (Temuco: Instituto Nacional de Derechos Humanos).
- Mercado, X., Zegers, V., Tragolaf, A. & Contreras, C. 2015 *Sistematización de nvxamkawvn (encuentros de conversación) y definición de propuestas entre mujeres y organizaciones mapuches en torno a violencia contra mujeres mapuches y aplicación de sistemas de justicia propia* (Temuco: Corporación de Mujeres Mapuches Aukinko Zomo).
- Modood, T. 2007 *Multiculturalism. A civic idea* (Cambridge, U.K. / Malden, USA: Polity Press).
- Nash, C., Lagos, C. & Núñez, C. 2013 *Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios* (Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile).

- Palma, R. & Sandrini, R. 2014 “Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 10.
- Parekh, B. 2006 *Rethinking multiculturalism. Cultural diversity and political theory* (U.K: Palgrave Macmillan).
- Parekh, B. 2002 “Barry and the dangers of liberalism”, en Kelly, Paul (ed.) *Multiculturalism reconsidered. Culture and equality and its critics* (Cambridge, U.K. / Malden, USA: Polity Press).
- Pérez de la Fuente, Ó. 2004 “Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Vol. 13.
- Phillips, A. 2007 *Multiculturalism without culture* (U.K.: Princeton University Press).
- Sánchez, C. 2002 “Feminismo y ciudadanía”, en Díaz, Elías & Colomer, José Luis (eds.) *Estado, justicia, derechos* (Madrid: Alianza).
- Sandoval, M. & Undurraga, V. 2012 “Mujeres y ciudadanía: revisiones conceptuales y estrategias políticas. ¿Qué significa ser ciudadana hoy en América Latina?”, en *Iniciativa latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres II. Mujeres, ciudadanía y multiculturalismo* (Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile).
- Shachar, A. 2001 *Multicultural jurisdictions. Cultural differences and women’s rights* (U.K.: Cambridge University Press).
- Song, S. 2007 *Justice, gender, and the politics of multiculturalism* (U.K.: Cambridge University Press).
- Toledo, V. 2006 *Pueblo mapuche. Derechos colectivos y territorio: desafíos para la sustentabilidad democrática* (Santiago: Programa Chile Sustentable).
- Villavicencio, L. 2012 “Un diálogo intercultural más allá del multiculturalismo”, en *Opinión Jurídica*, Vol. 11, N.º 22.
- Villavicencio, L. 2014 “Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 34, N.º 3.
- Villavicencio, L. 2015 “Una concepción de la ciudadanía para una nueva Constitución. El caso de las mujeres indígenas”, en Chía, Eduardo & Quezada, Flavio (eds.) *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)* (Santiago: Instituto Igualdad - Facultad de Derecho, Universidad de Chile - Friedrich Ebert Stiftung).
- Villavicencio, L. 2017 “Interculturalidad, derechos de la infancia y Constitución”, en Quesille, Anuar (ed.) *Constitución política e infancia: una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (Santiago: Unicef).

- Villegas, M. 2012 “Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXV, N.º 2.
- Villegas, M. 2014 “Sistemas sancionatorios indígenas y derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”, en *Política Criminal*, Vol. 9, N.º 17.
- Villegas, M. & Mella, E. 2017 *Cuando la costumbre se vuelve ley: la cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile* (Santiago: LOM).
- Winker, G. & Degele, N. 2009 *Intersektionalität: zur analyse sozialer ungleichheiten* (Bielefeld: Transcript Verlag).
- Young, I. 2000 *La justicia y la política de la diferencia* (Madrid: Cátedra).
- Zúñiga, Y. 2009 “La ‘generización’ de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXII, N.º 2.
- Zúñiga, Y. 2010 “Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 17, N.º 2.

INTERCULTURALIDADE E PLURIJURIDICIDADE: ELEMENTOS PARA A CRITICIDADE JURÍDICA DESDE A AMÉRICA LATINA

Antonio Carlos Wolkmer*, Lucas Machado Fagundes**

INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo delimita as relações conceituais entre duas temáticas relevantes para o pensamento jurídico crítico

* Profesor Titular aposentado en el Programa de Postgrado en Derecho de la UFSC, Florianópolis-SC. Profesor de la Maestría en Derecho y Sociedad del UNILASALLE- RS, Brasil. Doctor en Derecho. Es investigador nivel 1-A del CNPq y consultor ad hoc de la CAPES. Miembro de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, del Grupo de Trabajo CLACSO: “Pensamiento Jurídico crítico”. Profesor visitante de cursos de postgrado en diversas universidades de Brasil y del exterior (Argentina, Perú, Colombia, Chile, Venezuela, Costa Rica, México, España e Italia). Autor de varios libros, entre ellos: *Pluralismo jurídico: Fundamentos de una Nueva Cultura en el Derecho*. Dykinson, 2018; *Crítica Jurídica en América Latina*. México: FDSLPE; Florianópolis: NEPE, 2013; *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo jurídico en América Latina*. San Luis Potosí/Aguascalientes: CENEJUS, 2015.

** Pos-doctorando en Derecho en la Universidad Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Doctor y Maestro en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina - UFSC. Investigador del GT-Clacso “Pensamiento jurídico crítico”. Coordinador e Investigador del Grupo “Pensamiento Jurídico Crítico Latino-americano”, coordinando la línea: “Constitucionalismo Crítico” - Universidad do Extremos Sul Catarinense-UNESC. Profesor de la Maestría en Derechos Humanos - UNESC. Profesor visitante en la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, México. Codirector del proyecto de investigación “Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Perspectivas del giro Decolonial y la filosofía de la liberación”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario - Argentina e Profesor participante e investigador de la “Cátedra de Pensamiento constitucional latinoamericano” de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

latino-americano: a interculturalidade e o pluralismo jurídico. Tal tarefa busca evidenciar quais as possíveis conexões e desconexões entre as temáticas para a avaliação das variadas manifestações sociais no continente, especificamente intentando delinear alguma possível aproximação no viés da crítica jurídica regional.

Dessa forma, a interculturalidade e o pluralismo jurídico são duas propostas que problematizam a realidade regional, em especial no viés da monocultura produzida pelo processo da modernidade e das concepções culturais hegemônicas do eurocentrismo, ou mesmo das concepções de reprodução do mimetismo cultural das elites locais; ambas as manifestações operam no encobrimento da riqueza cultural distinta dos povos de *Nuestra América*. A interculturalidade aparece como hipótese crítica da problemática descrita, em especial quando intenta distanciar-se das ideias multi-pluriculturais (reprodução da hegemonia cultural global).

Assim, o pluralismo jurídico, que também se apresenta como problemática frente aos efeitos da cultura monista em geral e em específico no direito, ganha relevância no estudo quando refletido desde as contribuições reflexivas da interculturalidade. No caso, o embasamento teórico para a provocação entre as duas temáticas será permeado pela ideia de *interculturalidade crítica*, como possibilidade de abertura à tipologia de um pluralismo jurídico que consiga visualizar um horizonte de libertação latino-americana.

1. A INTERCULTURALIDADE CRÍTICA E O PLURALISMO JURÍDICO: CONTRIBUIÇÕES REFLEXIVAS DESDE A AMÉRICA LATINA

A temática da interculturalidade aborda um problema recorrente aos seguintes elementos: modernidade (Dussel, 2005: 27), universalismo europeu (Wallerstein, 2007: 20) e pluralismo como problema do Outro e dissidência (Panikar, 1990: 21-27), concomitante a questão da colonialidade do poder e da epistemologia que justifica e solidifica a matriz cultural e institucional no continente latino-americano. A problemática que enfrenta o tema é referente às manifestações sociais e populares, nas últimas décadas do século XX e no início do século XXI, quando ganham importância as exigibilidades dos sujeitos históricos conformados em ausentes, como forma de luta política pela abertura de maiores espaços e principalmente rompimento com o modelo unitário e centralista da cultura político-jurídica, estruturado no modelo do Estado-nação, calcado historicamente no colonialismo e na colonialidade como forma de reprodução cultural dominante.

Esses aspectos inauguram o debate, que possui íntima relação com o pluralismo em geral e o pluralismo jurídico em específico, principalmente após a questão da inclusão do tema no ordenamento

constitucional boliviano¹. Entretanto alguns meandros devem ser esclarecidos para não causar confusão com os processos que se assentam na reprodução dos estereótipos dominadores e produtores de hegemonias monistas excludentes nas sociedades. A riqueza da interculturalidade é oportunizada pela condição dos seres latino-americanos na conformação da sua carga cultural histórica, bem como pela complexidade que esta envolve na realidade periférica e nas lutas contínuas contra as injustiças perpetradas pelos donos do poder.

Destarte do que se trata, então, quando é abordado o tema da interculturalidade? A visão da professora americana da Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Equador), Catherine Walsh, revela algumas características elementares que merecem destaque por sua firmeza e esclarecimento: entre tais, qual seria o significado da ideia de interculturalidade na América Latina? A interculturalidade aponta para processos de construção de conhecimentos “outros” e de “outras” práticas políticas, enfim, da construção de uma práxis no horizonte das contradições entre colonialidade e modernidade (Walsh; García Linera; Mignolo, 2006: 21).

Logo, a interculturalidade assume uma tarefa histórica de relação com a colonialidade do poder (Walsh; García Linera; Mignolo, 2006: 27) e a diferença colonial (Walsh, 2012: 28), proporcionando outras miradas que possam lograr alternativas ao projeto de dominação da modernidade. Assim, a ruptura com a dominação estrutural e a perspectiva da descolonização são os horizontes que preenchem o significado do tema. Ademais, duas condições são permanentes na compreensão da autora, uma no tocante a que não se trata de um tema oriundo dos bancos acadêmicos, mas provocações fundamentadas desde as práticas dos movimentos sociais, em tal como o movimento indígena (boliviano e equatoriano em especial), no sentido de não tolerar mais a hierarquia social e seus desdobramentos cotidianos e, em segundo plano, esclarece: “[...] no pretendemos presentar la interculturalidad como nuevo paradigma totalizante, sino como perspectiva, proceso y proyecto de vida por construir” (Walsh, 2009: 15).

Por essa razão, ao falar dos termos como projeto alternativo, busca inovar na abordagem da questão no tocante a que a perspectiva se difere das investidas costumeiras que envolvem conhecimentos eurocêntricos como fundamentadores. Assim, o projeto intercultural que emerge das lutas indígenas se difere e interfere no sistema colonial

1 Cf. Artículo 190. I. Artículo 191. I. Artículo 192. I. Bolivia 2009 *Constitución Política Del Estado* (La Paz, Bolívia: Gaceta Oficial de Bolivia. Edición Oficial).

institucional político latino-americano desde a sua “Outridade” reveladora, fundando o dissenso do pluralismo, conforme a perspectiva de Panikkar (1990: 23).

Diante disso, o que está em jogo no debate intercultural proposto nos Andes sul-americano:

Dentro del debate sobre la interculturalidad están en juego perspectivas que por un lado, intentan naturalizar y armonizar las relaciones culturales a partir de la matriz hegemónica y dominante (el centro, la verdad o la esencia universal del Estado nacional globalizado). Por el otro, denuncian el carácter político, social y conflictivo de estas relaciones; así conciben la cultura como un campo de batalla ideológico y de lucha por el control de la producción de verdades y por la hegemonía cultural e política, dentro de lo que Immanuel Wallerstein llama el sistema-mundo moderno. (Walsh, 2012: 24)

A abordagem surge como política alternativa e insurgente pelo movimento indígena. O caso do Equador revela problemas dimensionados na perspectiva do oprimido, o sujeito ausente da história que reclama seu lugar específico e ativo em uma sociedade marcada pela “igualdade hierárquica” dos seres humanos, ocultando as diversidades, mirando alternativas frente ao sistema-mundo (Wallerstein, 2007: 49) em crise. Essas exigibilidades são lutas políticas contextualizadas (Walsh, 2012: 26) e priorizadas no passado de lutas libertadoras dos povos que sofrem com a hegemonia do projeto da modernidade em suas várias facetas. O período das lutas interculturais como proposta política e ação estratégica de mudança por meio da práxis decolonial atravessa, por intermédio do período de predominância do neoliberalismo no continente até a emergência de alternativas, menos ofensivas ao desenvolvimento da vida desses sujeitos insurgentes.

Em outras oportunidades (Wolkmer; Machado: 2012), foram delineados os grupos dominantes que, em acordos específicos e contextos políticos concretos, operam consensos hegemônicos, em especial a passagem do esclarecimento de Luis Villoro (1998). Entre esses grupos a mestiçagem operou como matriz de reprodução do poder colonial, e a hegemonia colonial das elites branca/crioula² conformaram as instituições que vigiaram o exercício dos desígnios das metrópoles. O exercício da colonialidade na hierarquia social, cultural e política, já foram ressaltados, cabendo localizar o significado da interculturalidade que insurge dos sujeitos vitimizados por essa hierarquia da colonialidade.

2 Sobre estes sujeito ver a primeira parte do artigo: Wolkmer; Machado: 2013.

Assim, a análise conceitual representa na realidade latino-americana, a partir das exigibilidades (em especial a do movimento indígena andino), um giro epistêmico e uma reconfiguração conceitual (Walsh; García Linera; Mignolo, 2006: 27) que considera as mazelas cotidianas como fruto de desdobramentos históricos que reproduzem dominação, alienação, colonialismo/colonialidade e monoculturas excludentes; uma configuração assentada que possa orientar em direção a construções alternativas.³

1.1 AS POTENCIALIDADES CRÍTICAS DA INTERCULTURALIDADE AO PLURALISMO JURÍDICO

A partir do descrito, cabe afirmar as diferenças nas terminologias multiculturalidade, pluriculturalidade e interculturalidade, tendo em vista que ambas têm significado relevante, pois, como afirma a Catherine Walsh, referem-se à diversidade cultural⁴, porém com distintas maneiras de tratamento na seara política, jurídica, econômica e cultural.

A ideia de multiculturalismo traduz, na realidade social, a multiplicidade de culturas em espaços determinados, sem que haja necessidade de relação entre estas: coexistência é a palavra de definição (Walsh, 2009: 42); nessas realidades, que são catalogadas sob a referida denominação, impera o relativismo cultural, “[...] es decir una separación o segregación entre culturas demarcadas y cerradas sobre sí mismas, sin aspecto relacional” (Walsh, 2009: 42).

Já na realidade que comporta a dimensão relacional, aparece a tolerância como carga operacional; o problema é que essas perspectivas isolam as “minorias” culturais ampliando o padrão monocultural “universal” da racionalidade moderna, mantendo os níveis de hierarquia social e impedindo uma efetiva participação desses grupos nas esferas decisórias em torno das estruturas que compõem essas sociedades, logo subordinam umas culturas ao padrão dominante (Walsh, 2009: 43). A questão toda fica mais evidente quando essa dimensão “universal” é operada como princípio do multiculturalismo e assume, na esfera econômica do sistema-mundo wallersteineano, uma

3 El proceso y proyecto de interculturalidad, entonces, no se limitan a inter-relaciones. También se extiende a la afirmación y fortalecimiento de lo propio, de lo que ha sido subalternizado y/o negado por la colonialidad. Esta afirmación y fortalecimiento no pueden ser entendidos dentro de los marcos de políticas identitarias o de relativismo cultural cuyos referentes conceptuales son occidentales. (Walsh; García Linera; Mignolo, 2006: 38)

4 “La multi, pluri e interculturalidade se refieren a la diversidad cultural; sin embargo, apuntan a distintas maneras de conceptualizar esa diversidad y a desarrollar políticas y prácticas relacionadas con ella dentro de las organizaciones e instituciones de la sociedad, incluido el propio Estado.” (Walsh, 2009: 42)

importante política de desenvolvimento, em relação às políticas do Banco Mundial, por exemplo. Assim, Catherine Walsh observa que: “[...] son las mismas en todos los países del llamado ‘tercer mundo’; son políticas que se ‘abren’ hacia la diversidad al mismo tiempo que aseguran el control y continuo dominio del poder hegemónico nacional y los intereses del capitalismo global” (Walsh, 2009: 43).

Nesse sentido, o multiculturalismo se assume como administrador da diferença no âmbito nacional, pois é verificado dentro da perspectiva dos governos como política de Estado na tentativa de “suprir” as divergências com as inquietações sociais, o que denota postura de incorporação das demandas (Walsh; García Linera; Mignolo, 2006: 46); esse sentido multicultural se encontra íntimo daquela perspectiva de universalidade anteriormente projetada, por essa razão, tem como uma das suas facetas o reconhecimento político estatal como estratégia de padronização.

Destarte, surge a opção da pluriculturalidade, que ocupa o rol da constatação histórica, ou seja, uma conceituação particularizada de determinado espaço geográfico, assim “[...] sugiere una pluralidad histórica y actual, en la cual varias culturas conviven en un espacio territorial y juntas, supuestamente, hacen la totalidad nacional” (Walsh, 2009: 44).

Em termos, a diferença se apresenta muito efêmera, porém significativa:

[...] la multiculturalidad normalmente se refiere, en forma descriptiva, a la existencia de distintos grupos culturales que en la práctica social y política, permanecen separados, divididos y opuestos; por el contrario la pluriculturalidad indica una convivencia de culturas en el mismo espacio territorial, aunque sin una profunda interrelación equitativa entre ellas. De esta manera, se limita a describir una realidad; no promueve cambios o intervenciones [...]. Por ello, su simple reconocimiento constitucional y político no representa avance alguno, aunque a veces forme parte de la bandera política de negociación de organizaciones indígenas y afroecuatorianas con el Estado. (Walsh, 2009: 44)

Explica Walsh que a ideia de interculturalidade, ao também especificar fenômenos culturais diversos, considera a complexidade das relações e volta-se para a interação entre as pessoas e seus entornos (social, político, cultural, epistêmico) e fundamentalmente a vida cultural diferente, com base em assimetrias, sendo definida:

No se trata simplemente de reconocer, descubrir o tolerar al otro o a la diferencia en sí. Tampoco se trata de esencializar identidades o

entenderlas como adscripciones étnicas inamovibles. Más bien se trata de impulsar activamente procesos de intercambios que, por medio de mediaciones sociales, políticas y comunicativas, permitan construir espacios de encuentro, diálogo, articulación y asociación entre seres y saberes, sentidos y prácticas, lógicas y racionalidades distintas. (Walsh, 2009: 45)

Afinal, se a multiculturalidade trata de administrar a diferença, privilegiando os interesses das políticas econômicas, a pluriculturalidade é uma constatação sem possibilitar interpretações críticas, enquanto a interculturalidade pode significar avanços em termos de superar as mazelas históricas e ainda suplantam as estruturas que dão continuidade ao sistema, que reproduzem o poder dominante.⁵

Deste modo, a interculturalidade tem a capacidade de assumir para além do reconhecimento, da constatação e da incorporação ao sistema estruturado, uma dimensão além da contemplação ou tratamento meramente folclórico dos fenômenos culturais variados; bem como não aceita o viés da cooptação sistêmica e institucional promovido por políticas econômicas ou estatais, auferindo uma dimensão com aspectos que podem ser explorados politicamente como transformação, o qual, operado desde a diferença colonial e da colonialidade do poder⁶ pode oportunizar outro projeto (Walsh, 2009: 49, 52-53),

5 A diferencia de multiculturalismo, en el que la diversidad se expresa en su forma más radical, por separatismo y etnocentrismo y, en su forma liberal, por actitudes de aceptación y tolerancia – a que Tubino (2005) se refiere como “interculturalismo funcional”-, la interculturalidad, como la entendemos aquí, es la que busca intervenir en las estructuras, instituciones, relaciones y mentalidades que reproducen la diferencia como desigualdad y, a la vez, construir puentes de articulación y relación. Tales articulación y relación no pretenden sobrevalorar o erradicar las diferencias culturales ni tampoco formar nuevas identidades mezcladas o mestizas sino propiciar una interacción dialógica entre pertenencia y diferencia, pasado y presente, inclusión y exclusión, y control y resistencia, siempre reconociendo ademas las propias formas de identificación que tiene la gente, la hegemonía, el poder y la autoridad colonial-cultural que intenta imponerse social y políticamente. (Walsh, 2009: 46)

6 Al comprender la interculturalidad desde la perspectiva de la diferencia colonial, se introduce de entrada la dimensión del poder que generalmente es olvidada en las discusiones relativistas de la diferencia cultural y en el tratamiento de orientación liberal de la diversidad étnica y cultural que el multiculturalismo, particularmente en sus versiones oficial y académica, sostiene. Por otra parte, y tomada en conjunto, la interculturalidad y la diferencia colonial son concebidas desde y comprendidas no por su carácter descriptivo – de identidad política o particularismos (minoritarios) (en el sentido de Zizek) sino más bien como indicativa de una realidad estructural histórica y sociopolítica necesitada de descolonización y transformación. Por lo tanto, denota y requiere una acción transformadora, una acción que no se limite a la esfera de lo político sino que infiltre a los sistemas del pensamiento y del ser. (Walsh, 2009: 48)

esse com significado para o problema da pluralismo cultural.

A maneira da abordagem da interculturalidade, no parágrafo anterior, interpõe duas facetas: primeiro estabelece que o espaço geopolítico esta enfocado no problema do pluralismo intercultural, o “[...] lugar político de enunciación y la relación entre subjetividad y agencia de este lugar y la fuerza epistémica de los movimientos indígena y afros” (Walsh, 2009: 63); a segunda forma, é refletindo sobre o conceito desde as práxis políticas dos grupos subalternos, mas, de maneira a pensar “com” estes (Walsh, 2009: 63); em resumo as diferenças fundamentais entre essas três tipologias, em geral, é sintetizada na postura que assume frente às contingências históricas, sociais, políticas, econômicas e culturais, sem padrões reducionistas ou hibridações, logo representam processos dinâmicos (Walsh, 2009: 47).

A interculturalidade pode definitivamente ser entendida na região latino-americana como uma forma insurgente⁷, pois, ao denunciar as estruturas sociais do ponto de vista cultural e ao desestabilizar as estruturas político-institucionais, também constitui alternativas próprias.

Conforme é destacado, a interculturalidade deve ser submetida não pelo viés teórico, mas desde conjunturas contemporâneas e justamente observando esses fatores, surgem as perspectivas de delimitação da interculturalidade relacional, funcional e crítica (Walsh, 2012: 90).

A interculturalidade relacional condiciona ao limite básico da observação e da intervenção no intercâmbio entre culturas, acontece que no contexto regional “[...] el problema [...] es que tipicamente oculta o minimiza la conflictividad y los contextos de poder, dominación y colonialidad contínuos donde se lleva a cabo la relación” (Walsh, 2012: 90). A questão se encontra ao deixar de lado estruturas que extrapolam a dimensão relacional, sendo necessário não abandonar essa perspectiva, mas ampliar no sentido do contexto histórico, social e político em que se desenvolvem essas relações entre culturas diversas.

No tocante à segunda perspectiva, “interculturalidade funcional”, que parte da ideia de reconhecimento das diferenças culturais, porém sempre observando critérios ou parâmetros que se sobrepõem à necessidade de inclusão, pela semelhança com a faceta do

7 Insurgentes porque señalan iniciativas históricas y acciones contestarías que sobrepasan la oposición, la resistencia y la acción reactiva mostrando la capacidad de generar propuestas alternativas, interpelar las instancias del poder dominante, incluyendo el modelo neoliberal capitalista, y encaminarse hacia proyectos de sociedad pero también de Estados distintos. Son inciativas y acciones que no sólo desafían sino que construyen. (Walsh, 2009: 54)

multiculturalismo, até mesmo pode ser lida como uma readequação semântica, pois também é afirmada como *nova lógica multicultural do capitalismo global* (Walsh, 2012: 91), definida como “[...] funcional al sistema existente; no toca las causas de la asimetría y desigualdade social y cultural, ni tampoco ‘cuestiona las reglas del juego’ y por eso, ‘es perfectamente compatible con la lógica del modelo neoliberal existente’” (Walsh, 2012: 91).

As facetas de administração das diferenças e de minorar as capacidades políticas transformadoras se evidenciam em políticas neoliberais, para as quais os exemplos mais significativos no continente aconteceram na constituição colombiana de 1991 e na equatoriana de 1998.

A ideia de reconhecimento e de tolerância com a diversidade cultural é convertida em estratégia política de dominação (Walsh, 2012: 91), com controle do Estado e defesa dos interesses econômicos dos agentes que financiam os governos, gerando uma estabilidade política e social necessária para a expansão dos interesses dominantes em outras áreas, e frente a este cenário obter resultados práticos na confecção de consensos ou acordos hegemônicos sem a interferência dos referidos grupos subalternos. Assim, acaba sendo reproduzida a velha mazela histórica das ausências.

Entretanto surge a matriz crítica como terceira perspectiva: a “interculturalidade crítica”:

Con esta perspectiva, no partimos del problema de la diversidad o diferencia en sí, sino del problema estructural-colonial-racial. Es decir, de un reconocimiento que la diferencia se construye dentro de una estructura y matriz colonial de poder racializado y jerarquizado, con los blancos “blanqueados” en la cima y los pueblos indígenas y afrodescendientes en los peldaños inferiores. Desde esta perspectiva la interculturalidad se entiende como una herramienta y como proceso un proyecto que se construye desde la gente – y como demanda de la subalternidad. En contraste a la funcional que se ejerce desde arriba, apuntala y requiere la transformación de las estructuras, instituciones y relaciones sociales, y la construcción de condiciones estar, ser, pensar, conocer, aprender, sentir y vivir distintas. (Walsh, 2012: 91).

Consequentemente, esta não cumpre uma função de mantimento das estruturas sociais historicamente reproduzidas na sociedade, tampouco é conivente com projetos políticos institucionais com interesses escusos aos grupos culturais, “[...] la interculturalidad crítica parte del problema de poder, su patrón de racialización y la diferencia que ha sido construída em función de ello” (Walsh, 2012: 92).

Consequentemente, aborda um projeto em que as relações culturais hierarquizadas estão inseridas dentro da seara da modernidade/colonialidade, do racionalismo eurocêntrico, do universalismo europeu e de modelos pluralistas que não afirmam a diferença em sua dimensão outra. Além do projeto e das estratégias reducionistas da modernidade, a criticidade da interculturalidade se pode encontrar na consciência e na consideração dos demais âmbitos e facetas que envolvem a diferença e a diversidade cultural, mas inclusos na reflexividade enquanto desdobramento das esferas do poder colonial, para o qual a praxis⁸ decolonial⁹ assume a responsabilidade pelo Outro e a propositura de projetos alternativos.

Deste modo, as discussões ao serem inseridas na realidade insurgente dos movimentos dos povos originários e autóctones na América Latina, em especial a análise de Walsh, informam movimentos específicos que contemplan a esfera das recentes inovações institucionais ocorridas desde o fenômeno que provisoriamente vem se nomeando de “novo constitucionalismo latino-americano”, em especial Equador (2008) e Bolívia (2009)¹⁰. No tocante a essas duas facetas, aparecem campos que interessam à aproximação da interculturalidade com o tema central deste estudo, o pluralismo jurídico.

8 “La ‘colonialidad’ entonces entró no solamente a mi vocabulario sino también a mi praxis pedagógico-metodológica, sirviendo así como herramienta útil de análisis, comprensión y articulación, como marco y matriz para teorizar y pensar desde los movimientos y momentos sociales y políticos; asimismo, también para entender, con mucho más profundidad, la razón crítica del proceso y proyecto de la interculturalidad. [...] . Já no sentido de decolinialidade: La decolonialidad, em sí, es algo definido por unos horizontes de posibilidad, creatividad y construcción, así como por otros modos de poder, ser, saber, vivir; un proyecto, processo y apuesta insurgente y propositiva – no simple reactiva – siempre em movimiento, caminho y edificación. [...] la interculturalidad sin la decolonialidad no tiene el mismo sentido crítico y transformador. Juntos se esfuerzan por visibilizar, cuestionar y subvertir los designios del poder y la dominación, a la vez que incitan, apelan y alientan horizontes, propósitos y estrategias de intervención. (Walsh, 2012: 18).

9 Sobre a diferença entre descolonial e decolonial, em nota a autora explica: “Suprimir la ‘S’ y nombrar ‘decolonial’ no es promover un anglicismo. Por el contrario, es marcar una distinción con el significado en castellano del ‘des’. No pretendemos simplemente desarmar, deshacer o revertir lo colonial; es decir, pasar de un momento colonial a un no colonial, como que fuera posible que sus patrones y huellas desistan de existir. La intención, más bien, es señalar y provocar un posicionamiento – una postura y actitud continua – de transgredir, intervenir, in-surgir e incidir. Lo decolonial denota, entonces, un camino de lucha continuo en el cual podemos identificar, visibilizar y alentar ‘lugares’ de exterioridad y construcciones alternativas. (Walsh, 2009: 18).

10 Sobre a nomenclatura Novo Constitucionalismo latino-americano ver Wolkmer y Machado (2011).

2. DA INTERCULTURALIDADE CRÍTICA À PLURIJURIDICIDADE INSURGENTE

O encontro do pluralismo jurídico com a interculturalidade consolidada-se nos mesmos fenômenos que vêm sendo delineados nesta etapa, ou seja, as mazelas da modernidade e do eurocentrismo, ou como menciona Walsh, *euro-usa-cêntricas* (Walsh, 2012: 125): a colonialidade, o universalismo europeu, a pluralidade homogeneizadora e as esferas *multi-pluri-interculturais não-críticas*. Especificamente, uma aproximação com esse contexto é estabelecido frente aos inusitados processos de dominação e exclusão produzidos pela globalização, pelo capital financeiro e pelo neoliberalismo que vêm modificando basicamente as relações sociais, formas de representação e de legitimação.

Por certo, ganha relevância reintroduzir politicamente o poder de ação da comunidade, o retorno dos agentes históricos, o aparecimento inédito dos direitos humanos relacionados às minorias e à produção alternativa de acesso à justiça, com base no viés interpretativo da pluralidade de fontes. Na verdade, a formação da cultura jurídica antidogmática, antiindividualista e antimonista, embasada em princípios comunitários, está necessariamente vinculada aos critérios do diálogo intercultural e da nova legitimação social (Wolkmer, 2010: 38).

O problema que funda o debate sobre o pluralismo jurídico na América Latina deve ser abordado verificando no Direito um sistema institucional à serviço dos setores privilegiados da sociedade¹¹. Certamente, essa ideia é constatada pela identificação dos campos jurídicos como mecanismos de regulação e de legitimação da hierarquização e da subordinação das classes sociais classificadas na base piramidal da igualdade na modernidade periférica colonial. Essa tipologia legítima do ponto de vista institucional pode ser enquadrada dentro do projeto quádruplo da matriz institucional colonial (evangelizar, civilizar, governar e educar) (Walsh, 2009: 167).

Na aproximação do pluralismo jurídico com a interculturalidade, Walsh entende que o reconhecimento das dinâmicas comunitárias referentes ao campo jurídico¹² é um passo importante, inclusive os dados pelas lógicas inclusivas dos projetos estatais constitucional com enfoque multicultural. O problema começa a aparecer quando se limita somente a esse âmbito, pois de acordo com a autora os projetos dos Estados intitulados plurinacionais e interculturais devem considerar que, ao abrir o sistema jurídico monista (“pluralizándolo”) (Walsh, 2009: 143) sem repensar e refundar na totalidade o problema,

11 No mesmo sentido: (Walsh, 2009: 165).

12 O reconhecimento deve estar conectado com as dinâmicas do poder institucional. (Walsh, 2012: 135-136)

é insuficiente para o projeto de transformação; afinal, esse tipo de reconhecimento via de regra vem acompanhado do controle estatal, da codificação e da subordinação ao padrão do sistema estatal dominante (Walsh, 2012; 141).

Para a pesquisadora o pluralismo jurídico atua como um fenômeno desde a realidade histórica, em que a novidade apenas reside no fato do “reconhecimento” pelas autoridades governamentais¹³.

Por certo, o reconhecimento em si é insuficiente, pois pode exaurir apenas uma versão subordinada do pluralismo jurídico, que se manifesta no tocante à legalização das juridicidades alheias ao monismo do Estado. Esta situação pode acarretar uma burocratização que reduz os efeitos transformadores e acaba subordinando as práticas inovadoras aos vieses argumentativos do poder hegemônico, ou seja, “[...] la legalización bien puede ser un dispositivo en la tecnología del poder, dominación y domesticación” (Assies *apud* Walsh, 2009: 174). Naturalmente, não existe nada de progressista ou emancipador na terminologia pluralismo jurídico, pois não verifica em si um sistema de justiça igualitária e equânime, tampouco é condição para alcançar a ruptura da hegemonia do absolutismo jurídico estatal calcado na legislação positiva (Walsh, 2009: 174).

Essa constatação de Walsh está referenciada na experiência do constitucionalismo multicultural equatoriano de 1998, e reservadas às proporções da experiência local. Tal reflexão pode ser estendida aos demais modelos pluralistas espalhados no continente, os quais revelam limitações ao fenômeno jurídico plural como transformação institucional. Ora, o problema constatado nas experiências do pluralismo jurídico subordinado aparece sob a coordenação dos sistemas homogêneos monistas (Walsh, 2009: 175).

A ideia central da crítica de Walsh situa-se nessa conceituação do pluralismo jurídico subordinado, expressão do sistema, refletindo o “[...] propósito dar atención y cabida a la particularidad étnica, *no a repensar la totalidad*” (Walsh, 2009: 175); assim, apresenta-se a aproximação crítica da ideia de *plurijuridicidades de libertação*, pois estas plurijuridicidades insurgentes buscam mais que a mera confecção

13 [...] *pluralismo jurídico*, es decir, la coexistencia – supuestamente en términos de igualdad y equidad – de diversos órdenes normativos. Entendemos estos diversos órdenes o sistema de derechos indígenas y afro en el sentido que sugiere Yrigoyen: “una instancia social y política que tiene poder reconocido por administrar justicia, que posee las normas y los medios para crearlas y cambiarlas, autoridades y mecanismos para escogerlas, procedimientos para arreglar disputas, y un conjunto de sanciones para corregirlas”. El hecho de que este reconocimiento apunte la relación entre derecho y sistemas colectivos de vida, es importante por la diferenciación que hace el derecho positivista. (Walsh, 2009: 171)

teórica das coexistências normativas, das variedades plurais de juridicidades ou então as multifacetadas pluriversidades jurídicas como elementos caracterizadores do conceito de pluralismo jurídico. O problema é entendê-lo dentro do contexto específico e principalmente dentro do projeto jurídico que supere o horizonte dialético da totalidade moderna, priorizando a proposta analética da transformação do sistema normativo (Dussel, 2001: 159).

No mesmo sentido, direciona-se a reflexão de Walsh:

Estas problemáticas reales son indicativas de la naturaleza onerosa del pluralismo jurídico – particularmente en su manifestación y uso “subordinado”- y su arraigamiento a sistemas vistos como homogéneos y claramente delimitados, sin que necesariamente exista una relación entre ellos. Tal perspectiva se encuentra enraizada en el pensamiento occidental que promueve el conflicto y la separación entre modos de pensar y actuar en el mundo, siempre sobreponiendo uno al otro. En cierta forma el pluralismo jurídico está dentro de este mismo paradigma; se concibe a partir de una interpretación pluricultural de la justicia que resalta la separación y oposición de dos o más modos de concebir y practicar el derecho: la normativa nacional y la otra u otras que es/son diferente(s) a ella. Reconocer el pluralismo jurídico es aceptar el conflicto entre estos sistemas. (Walsh, 2009: 177)

Na leitura do pluralismo jurídico, devem ser enfrentados os três problemas fundamentais (Walsh, 2012: 138): *o monismo jurídico*, que opera reduzindo as outras esferas jurídicas desde a concepção totalizadora hegemônica; o segundo seria a *oposição “hierárquica”* e “irreconciliável” entre o positivismo jurídico e os modos de normatividades consuetudinária; e por fim, o terceiro, *a crença de que o pluralismo jurídico possa comportar um ímpeto progressista*. Cabe comentar estes elementos: lógico que o monismo jurídico é o problema primordial do pluralismo jurídico, por consequência a forma com a qual produz o reducionismo legal está em sua asserção na racionalidade moderna. Por este viés, a questão do monismo jurídico frente ao pluralismo não se trata da compreensão e afirmação da existência plural, isso já é dado pela realidade cotidiana. Resta então, enfrentar o campo jurídico na sociedade como faceta complexa, inserida na realidade sócio-histórica determinada e com arquétipos particulares para os quais não serve nenhuma tipologia do universalismo como parâmetro – sob pena de atuar com o mesmo reducionismo –.

Em suma a tarefa do pluralismo jurídico frente ao racionalismo monista do direito, não está em interpretá-lo ou subsumir

criticamente, mas propriamente desconstruir os seus arquétipos de reprodução da dominação e da injustiça para superá-lo como paradigma do normativo oficial.

No tocante ao segundo problema, a natureza hierárquica e irreconciliável entre a esfera jurídica do positivismo e a natureza plural das normatividades consuetudinárias deve ser verificada como natureza fundante da concepção da plurijuridicidade. Partindo de Panikkar (1990), só existe pluralidade quando é incompatível e tensa a existência em um mesmo espaço geográfico de duas ou mais visões irreconciliáveis, logo a visão reducionista ao intentar conciliar corre o risco de sucumbir à sistematicidade unitária.

Por fim, o último problema fundamental de enfrentamento é a postura de acreditar na natureza progressista do pluralismo jurídico, afinal este é um tema que não possui características autônomas no âmbito das ciências sociais, pode ser observado muito mais como circunstâncias do que propriamente como fato dado, pois sua construção possui intimidade com o desenvolvimento histórico de determinada comunidade ou sociedade, por conseguinte sua delimitação é adequada ao objeto analisado. Isso não quer afirmar a postura da aproximação ao relativismo cultural; ao contrário, visa à verificação prática, com a realidade concreta.

Uma das tarefas deste estudo é justamente desmitificar essa ideia de que é inerente ao pluralismo jurídico a perspectiva emancipadora e isenta de reflexões problematizadoras. Ao contrário: tem sido tarefa constante explorar desde o limite alternativo do tema até os desdobramentos que apontam para outro modo de compreender o fenômeno sem mistificações ideologizadas.

Tendo em vista essas questões, Walsh ressalta mais três situações importantes para o Pluralismo Jurídico latino-americano: a primeira é relacionada com o exercício do Pluralismo Jurídico na esfera do reconhecimento estatal como sinônimo de jurisdição indígena e incorporando sob essa denominação as demais práticas de povos camponeses, afro-latino-americanos ou mesmo estruturas urbanizadas. Na sequência, o segundo elemento é a conformação das práticas jurídicas plurais como uma a mais no ordenamento jurídico estatal, aceitando o pluralismo sem o caráter transformador, condicionado por, relações interculturais nos termos que anteriormente afirmou Panikkar; por último, as contradições e os problemas que afrontam a órbita de seu reconhecimento¹⁴.

14 El propósito es dar atención y cabida a la particularidad étnica histórica y tradicional, no a repensar o transformar la estructura e institución jurídica en su totalidad. Por eso, el pluralismo jurídico podría ser así en su forma subordinada –

Essas reflexões críticas ao pluralismo jurídico em relação aos seus limites e às suas objeções problematizadoras revelam-se quando confrontado à interculturalidade enquanto processo de ruptura e de reconhecimento da diversidade frente ao sistema de dominação. A natureza crítica das reflexões de Walsh levam a propor uma “interculturalização crítica jurídica” (Panikkar, 1990: 146), que faça com que o pluralismo jurídico seja compreendido dentro dos mesmos problemas tocantes ao enfreitamento da interculturalidade com seus correlatos multi e pluri.

Assumindo, assim, a consideração da temática da autora, há de se ver que: “[...] el problema no es el pluralismo jurídico em sí, sino el sistema jurídico latinoamericano, concebido –desde su inicio em las emergentes repúblicas-, a partir del marco, modelo y racionalidad eurocêntrico-occidentales y su supuesto de homogeneidade y derecho positivista liberal individual” (Panikkar, 1990: 146).

E segue afirmando uma proposta de interpretação intercultural crítica do fenômeno, isso seria pela operacionalização da interculturalização jurídica incorporada de maneira distinta, recebendo a reflexão do pluralismo jurídico e explorando as capacidades insurgentes na mudança do paradigma dominante do direito nas sociedades modernas e, em especial naquelas que ainda guardam características nas suas matrizes coloniais.

Assim, emergem novos aspectos (Walsh, 2009: 178) para essa tomada crítica do Pluralismo Jurídico na concepção contributiva de Walsh, inicialmente a consideração da dimensão histórico-colonial, a qual cumpre manter presente o conflito intercultural que ocupa o pano de fundo das concepções sobre direito; de acordo com Walsh: “[...] conflicto que demanda, más que un simple reconocimiento de otros sistemas normativos, la creación de nuevas estructuras jurídicas y la transformación constitucional integral, de forma decolonial” (Walsh, 2009: 178). Ainda, outro aspecto de destaque: “[...] tiene que ver con la actualización y el fortalecimiento de los sistemas ‘propios’, como paso necesario para poder construir relaciones y comprensiones interculturales, intersistémicas e intercivilizatorias” (Walsh, 2009: 178); isso redundando na ideia da autora de reconstruir os sistemas jurídicos “casa adentro”.¹⁵

un componente de la que criticamos anteriormente: la interculturalidad funcional. (Panikkar, 1990: 146)

15 [...] de manera que permita converger los tiempos [...] con los elementos centrales de o para la super y sobrevivencia hoy de los pueblos indígenas y afroecuatorianos. Eso implica considerar las varias maneras ancestrales y contemporáneas de pertenencia y convivencia, incluyendo los que tiene que ver con la naturaleza y a la madre tierra,

Neste ponto e sem provocar nenhum tipo de padronização em torno do direito indígena ou autóctone, Walsh alerta para a distorção promovida pela cooptação dos grupos transnacionais aos setores comunitários, fator que deve ser levado em consideração na análise empírica para não haver percepção acrítica dessas práticas. No entanto, em contraposição ao direito moderno e afirmando a potencialidade desestabilizadora das estruturas da modernidade no campo jurídico, afirma sobre a concepção jurídica indígena: “Por ser arraigados a la vida, los sistemas de justicia indígenas [...] siempre han partido de la integración con la naturaleza. Por ello expresan una posición muy distinta a la del derecho positivo que parte del individuo como sujeto del Estado monocultural, abstraído de su entorno” (Walsh, 2009: 179).

Outro aspecto se refere ao desdobramento dos esforços no sentido de promover projetos de pluralismo jurídico que possam conciliar e articular os diversos sistemas jurídicos na construção de estruturas alternativas aos modelos historicamente dominantes, ou seja, o tradicional sistema jurídico calcado na racionalidade reducionista da modernidade. Assim aparece a “nova institucionalidade jurídica plurinacional e intercultural” (Walsh, 2009: 179) e, surge também, a marca da proposta: a busca pela inter-relação entre os processos normativos distintos.¹⁶

É extremamente relevante observar os elementos como inter-civilização e interculturalidade na conformação da interculturalidade jurídica, pois implica na revisão e no aprofundamento do pluralismo jurídico de maneira que este possa se inserir no sistema jurídico nacional, pluralizando a racionalidade *euro-usa-cêntrica* e também rompendo com a monocultura no paradigma de Justiça.

la territorialidad, las soberanías, las autonomías y la institucionalidad. También implica considerar los saberes, valores y normas que rigen y cimientan lo sociocultural-colectivo, tanto en espacios rurales como en los urbanos. Esta reconstrucción y consideración permitirán, más que sólo fortalecer lo propio, vislumbrar el impacto e influencia fragmentadores del modelo neoliberal capitalista, alentando la posibilidad de sistemas propios y contrahegemónicos. (Walsh, 2009: 179)

16 En forma concreta: una interpretación intercultural e intercivilizatoria podría possibilitar la utilización, de manera estratégica, de los recursos del derecho colectivo o próprio para asegurar la función y aplicación de justicia al indígena o afro fuera de su comunidad y dentro de la jurisdicción del derecho individual. Además, podría abrir la posibilidad de jueces de habla Kichwa y otras lenguas indígenas y jueces competentes en términos de la juridicidad indígena y afro, y el establecimiento de prácticas de ejercicio de justicia dentro de tribunales que involucren, además de a jueces estatales y, dependiendo del caso, a autoridades indígenas y/o afroecuatorianas. Adicionalmente, demandaría que la justicia en su conjunto tenga un sentido intercultural, propiciando el análisis de delitos desde los contextos culturales y la conciliación en torno a ellas. (Walsh, 2009: 180)

Recordando que a ideia de justiça monocultural é entendida dentro do processo de formação e do desenvolvimento nacional como desdobramento do universalismo europeu e da pluralidade no sentido inclusivo, dominador e encobridor das outras facetas normativas.

Portanto, mais que explorar a constitucionalização do pluralismo jurídico como abertura do sistema jurídico nacional às variadas experiências jurídicas, deve-se considerar a existência histórica concreta e a dinâmica social destas para reinvenção política do conceito de pluralismo jurídico, uma conceituação que consiga dar conta da insurgência política dos povos e da emergência das práticas jurídicas invisibilizadas pela colonialidade. Certamente, as plurijuridicidades insurgentes devem ser assumidas desde a interculturalidade crítica como forma de libertação.

CONCLUSÃO

O texto em questão objetivou contribuir para a crítica à matriz cultural eurocêntrica em especial os seus reflexos no pensamento jurídico. A contribuição reflexiva final da ideia de interculturalidade crítica e de interculturalização jurídica, proposta por Walsh, finaliza uma elaboração teórica com matriz de criticidade ao eurocentrismo cultural e o reducionista das experiências comunitárias na América Latina. Ora, não é outra a perspectiva do pluralismo jurídico de libertação senão tomar parte no enfrentamento à cultura jurídica monista, demonstrando a incompletude e a unilateralidade dos sistemas jurídicos desde a historicidade social continental, afirmando a abertura para o diálogo e o aprofundamento no âmbito da crítica jurídica latino-americana da libertação como uma práxis político-jurídica crítica.

Frente ao exposto, a proposta das plurijuridicidades interculturais foi construída para absorver criticamente as experiências normativas dos sujeitos ausentes. É um tema necessário dentro da totalidade encobridora, pois este cenário moderno pode acabar produzindo alienação e por conta disso, invisibilizar as experiências normativas na exterioridade. Com isto, ganha relevância as experiências interculturais críticas, afinal estas apresentam indícios que catalisam processos de libertação.

BIBLIOGRAFIA

- Bolivia 2009 *Constitución Política Del Estado* (La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia/Edición Oficial).
- De Sousa Santos, B. 2009 *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales* (Buenos Aires: Waldhuter).
- De Sousa Santos, B. 2010 *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur* (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad).

- Dussel, E. 2005 “Europa, modernidade e eurocentrismo” em Edgardo Lander (org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino- americanas* (Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO).
- Dussel, E. 2001 *Hacia una filosofía política crítica* (Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer).
- Panikkar, R. 1990 *Sobre el dialogo intercultural* (Salamanca: Editorial San Esteban).
- Villoro, L. 1998 *Estado plural, pluralidad de culturas* (México: Paidós).
- Wallerstein, I. 2007 *Universalismo europeu: a retórica do poder* (São Paulo: Boitempo).
- Walsh, C. 2009 *Interculturalidad, Estado, Sociedad: luchas (de) coloniales de nuestra época* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Ediciones Abya Yala).
- Walsh, C. 2012 *Intercultural crítica y (de)colonialidad: ensayos desde AbyaYala* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/ Ediciones Abya Yala).
- Walsh, C., García Linera, A. y Mignolo, W. 2006 *Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento* (Buenos Aires: Del Signo).
- Wolkmer, A. C. 2010 “Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos” em Wolkmer, Antônio Carlos, Lixa, Ivone Morcilo F. *et al* (org.) *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade* (São Paulo: Saraiva).
- Wolkmer, A. C. y Machado, L. 2012 “Para um novo paradigma de Estado plurinacional na América Latina” em *Novos Estudos Jurídicos* (Itajaí) Vol. 18, Nº 2. Em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4683/2595>> acesso 11 março de 2018.
- Yrigoyen Fajardo, R. 2006 “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino” em Berraondo, Mikel (coord.) *Pueblos Indígenas y derechos humanos* (Bilbao: Universidad de Deusto).

POR UNA TEORÍA MATERIALISTA DEL PROCESO SOCIAL CONSTITUTIVO: MÁS ALLÁ DE LO CONSTITUYENTE Y LO CONSTITUCIONAL

Carlos Rivera-Lugo*

I. UNA CONCEPCIÓN MATERIALISTA DEL PROCESO CONSTITUTIVO

El mundo está lleno de sombras. Me refiero a las formas fetichizadas con las cuales se nos pretende reducir el entendimiento y la explicación de la realidad. Su hechizo no es más que un estado de conciencia o configuración mental en que se confunde la idea u opinión que uno pueda tener sobre lo real con lo real mismo. Pero ello no lo hace real. Lo real es aquello que sirve para la producción y reproducción social de la vida como un todo. Lo real son las fuerzas motrices de las formas de vida existentes.

El Estado, la política y lo jurídico son algunas de estas formas fetichizadas, propias del sistema capitalista. Incluso la creencia en la alegada existencia autónoma de estas como formas que encierran posibilidades redentoras de la humanidad es una de estas comprensiones reificadas de lo real que chocan continuamente con la experiencia. Lo mismo sucede cuando pensamos que el problema está en los contenidos sustantivos de

* Catedrático retirado de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos (Puerto Rico). Investigador independiente de filosofía y teoría del derecho y del Estado. Profesor colaborador del Programa de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México). Miembro del Grupo de Trabajo "Pensamiento jurídico crítico" de Clacso y del Consejo Editorial de la Revista Latinoamericana *Crítica Jurídica*. Es doctor en Derecho de la Universidad del País Vasco.

la política o de lo jurídico, y no en sus formas mismas, o cuando nos negamos a reconocer lo que se hace cada vez más evidente: tanto lo político como lo jurídico se deriva esencialmente de la economía política como modo no solo de producción e intercambio, sino también de dominación y constitución de subjetividad. La contradicción principal del estado actual de cosas es el existente entre dichas formas y la vida real.

La ceguera resultante no nos permite ver que detrás de estas formas fetichizadas se ocultan una serie de ideas y prácticas que son el producto de una constelación de relaciones sociales y de poder; procesos e instituciones que, al fin y al cabo, constituyen verdaderamente lo real. Se trata de todo un modo de producción e intercambio social, así como de dominación y subjetivación, apuntalado en la valorización permanente y ampliada del valor de las cosas y de los seres, considerados también cosas, es decir, mercancías. La vida toda está subsumida bajo los cálculos reduccionistas del capital y sus formas fetichizadas que nada tienen de inocentes o redimibles. Por eso necesitan operar en las sombras para que no se puedan iluminar sus verdaderos propósitos ni explotar sus contradicciones. En ese sentido, hay que estudiar lo real y no sus apariencias si queremos entender concretamente el movimiento material de la sociedad.

Por ejemplo, cuando nos limitamos a lo que formalmente se enuncia en un texto constitucional, si de ello en realidad se trata, no hacemos más que seguir reproduciendo ese marco cooptado y alienante de entendimiento, del cual necesitamos escapar con urgencia. En demasiadas ocasiones nuestro estudio y la descripción de lo constitucional se reduce a lo que se llama el *constitucionalismo formal*, esto es, el ámbito lógico-formal representado por un conjunto abstracto de principios y normas generales que enuncian, desde una perspectiva esencialmente estadocéntrica, un proyecto históricamente determinado de país. La abstracción no tiene nada de inofensiva. Constituye un artificio destructivo ya que aspira a inculcar un desconocimiento o una indiferencia de lo real. En ese orden de ideas, mediante la fetichización de la norma constitucional se pretende producir una vida social también fetichizada, es decir, falsa por estar de espaldas a lo real.

Sin embargo, la Constitución reducida a norma ahistórica, formal y abstracta, es tan solo una de las dos caras del constitucionalismo moderno, puesto que el texto constitucional, como el derecho en general, no tiene vida propia. Es, en última instancia, expresión del ámbito histórico-social específico de las relaciones reales y concretas de poder y de las luchas que se escenifican en estas. Me refiero al *constitucionalismo material* del cual surge la verdadera fuerza del orden constituido y los fundamentos explicativos de sus múltiples sentidos, tanto lógicos como prácticos.

Fatalmente, adictos al fetichismo jurídico, tendemos a olvidarnos de que no es la sociedad la que se funda en la Constitución. Más propiamente es la Constitución la que se funda en la sociedad. Precisamente por ello estamos compelidos a reconocer que la vida real de lo que se conoce como constitucionalismo radica más allá en el orden social que le constituye materialmente, es decir, el balance estratégico de fuerzas que caracteriza el proceso social de conflictos y luchas que lo gestó y lo desarrolla, lo interpreta y aplica dentro de una historicidad concreta. De ahí que su materialidad está determinada, en última instancia, por el devenir permanente del mismo orden y proceso social constitutivo que aspira a estructurar y regular. Es la dialéctica viva propia del *materialismo normativo de lo real*, con el cual el proceso social constitutivo no solo expresa y apuntala sino que, a su vez, estructura el orden actual como totalidad social. En su historicidad es tanto producto como también productor. Rompe con los límites impuestos al poder constituyente por el derecho constitucional burgués, para potenciarse como presencia permanente desde las entrañas mismas de la vida social y comunitaria.

Me refiero aquí a lo que en Europa, por ejemplo, se ha conocido históricamente como *potestas constituta* (Schmitt, 1982: 126), o sea, una forma política descentralizada, plural y participativa que a diferencia del principio liberal de la representación, de tipo elitista e individualista, propone la capacidad inherente de la comunidad para una gobernanza autodeterminada. El poder constitutivo, esto es, la autoridad para tomar decisiones políticas y prescribir normas, no debe radicar primariamente –ni originariamente– en un poder centralizado y trascendental como el Estado, el cual puede fácilmente corromperse con facilidad o reducirse a la representación de intereses estrictamente particulares ajenos al bien común. La *potestas constituta* es de la comunidad. Es inmanente y difusa, localizada en las múltiples expresiones de la comunidad. Sus procesos decisionales son consensuados y de carácter asambleario. Su normativa es producto del acuerdo colectivo. En ello radica el fundamento de su legitimación y eficacia.

Ahora bien, la *potestas constituta* es también *potentia*, es decir, su materialidad está en continuo devenir. Es un poder superior a cualquier otro y es común a todos los miembros de la comunidad. Con arreglo a la *potestas constituta*, la soberanía es de la comunidad. Esta idea contrasta marcadamente con la alienación de la *potestas constituta* según los artificios políticos y jurídicos de la modernidad capitalista, como ocurre en los casos de Hobbes y Locke. Incluso la separación entre la sociedad política y la sociedad civil, entre el Estado y la comunidad, como vemos en Kant y Hegel, esencialmente busca desaparecer la *potestas constituta*. Para estos, la única “comunidad” posible es el Estado liberal-burgués.

En fin, solo por medio de este proceso social constitutivo se puede crear una democracia real fundamentada en la autodeterminación, o sea, en una subjetividad a su vez destitutiva de lo viejo y constitutiva de lo nuevo. Se trata de entender que el fenómeno contemporáneo del poder, como expresión que es del propio capital, no es algo indivisible, ni una esencia o una atribución localizada en un solo lugar, sino que se produce y reproduce, esto es, se constituye -como también se resiste- mediante una pluralidad de relaciones que atraviesan a la sociedad. Y si bien estamos forzados a admitir que la totalidad social está fracturada, también es hora de que entendamos que es desde la plena comprensión de esta realidad como se puede despertar y afirmar la posibilidad de unos vínculos humanos muy otros dentro de ellas. Nuestra historicidad concreta no es algo que nos sea ajena, sino que nos convoca continuamente como sujetos para que la constituyamos, para que nos convirtamos en sujetos constitutivos de hechos históricos que representen su transformación. El proceso social constitutivo es así condición indispensable para la permanente actualidad de la revolución. El problema es que, lamentablemente, hasta ahora se ha pretendido desconocer la existencia real y empírica del poder constitutivo como fenómeno diferenciado de lo constituyente y lo constitucional.

II. ENTRE LO CONSTITUCIONAL Y LO CONSTITUTIVO

En cuanto a la Constitución, existen, básicamente, dos concepciones acerca de esta. En primer lugar, está la concepción liberal burguesa cuyo diseño se centra en la estructuración de límites al poder constituido, es decir, al poder gubernamental, frente a la llamada sociedad civil. De ahí la centralidad, a partir de esta, de la teoría sobre la distribución y equilibrio de poderes o funciones, combinada con el principio de representación o delegación de la soberanía popular a las instancias del poder constituido. Claro está que, en el fondo, dicha Constitución es representativa del orden material del capital como modo de producción e intercambio que es, a su vez, modo de dominación y subjetivación. Se caracteriza por una concepción monista del poder y de la prescripción normativa, centrada en el Estado como la forma particular que asume la dominación bajo el capital.

Sin embargo, también está aquella otra concepción, la del materialismo marxista, centrada en la estructuración y potenciación de un proceso social constitutivo como ejercicio inalienable y permanente de afirmación de lo común como ruptura, no reducible al momento fundacional de un orden constitucional dado, o a la autoridad y las obligaciones de sus instancias gubernamentales, enunciadas en la Constitución instituida. En este último caso, nos referimos a un poder constitutivo que, como pluralidad transversal, trasciende la

concepción burguesa del poder constituyente como unidad abstracta y temporal. En ese aspecto, se potencia el poder constitutivo para la producción y reproducción de un nuevo orden material, cuya matriz está en la forma comunidad o comunal.

Durante los últimos tres siglos, el estudio del constitucionalismo, aun el socialista, ha sido mayormente estadocéntrico, negándose a valorar la Constitución como proceso societal y comunitario cuya fuerza constitutiva está en continuo movimiento. La concepción estadocéntrica tuvo como objetivo la estructuración del Estado-nación como instrumento ordenador y potenciador de la nueva sociedad capitalista y sus correspondientes relaciones sociales y de poder. No obstante, la concepción societal o comunitaria es la que guarda una especial pertinencia en lo que se ha llamado el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, debido a las fuerzas sociales que históricamente, más allá del Estado, lo ha potenciado y la voluntad antiimperialista y transcapitalista que lo ha inspirado. Incluso las lógicas participativas e igualitarias que le son determinantes ponen sobre el tapete el tránsito desde un proceso social constitutivo hegemónico por el Estado, a un proceso constitutivo hegemónico por la comunidad, la comuna, los movimientos, es decir, las fuerzas motoras vivas de la nueva posibilidad abierta para el cambio revolucionario. De ahí que se trate de un marco tanto práctico como doctrinal que deviene permanentemente, como el mismo orden material que le sirve de matriz.

Para entender bien el fenómeno del derecho en este nuevo contexto tanto histórico como estratégico, hay que tener un buen sentido de los procesos sociales en que se están tomando decisiones económico-políticas y sus efectos normativos. No me canso de puntualizar que los procesos sociales son constitutivos, ya que con base en estos se prescriben normas societales y comunitarias de todo tipo, tanto de derecho como de *no-derecho* (Carbonnier, 1974: 13-63; Rodatà, 2010: 25-91 y Rivera Lugo, 2014: 123-161), desde las normas consuetudinarias hasta las jurídicas, las determinaciones administrativas y judiciales, así como los acuerdos contractuales según la *lex mercatoria*. En ese sentido, el derecho no surge del mismo derecho. Ninguna norma jurídica se autogenera o se autoimplanta. Tiene una pluralidad material de fuentes societales e institucionales. No se produce ni se aplica en un vacío. Resulta de ese proceso social y estratégico que produce decisiones y hechos con efectos normativos. Por ende, comprender cómo se llega a esas decisiones o cómo se producen esos hechos es fundamental para entender lo que en el fondo es el derecho y la normatividad societal y comunitaria en general, más allá de este.

La Constitución es, en fin, un proceso constitutivo total: se trata no solo de un texto, sino sobre todo de esa otra dimensión suya,

ya mencionada, materialmente compuesta por hechos constitutivos con fuerza normativa, los que desbordan su texto o los enunciados lógico-formales de esta. Es, además, un proceso social contradictorio que está caracterizado por el despliegue efectivo de una constelación de fuerzas y relaciones de poder para la toma de decisiones autoritativas y la prescripción de políticas y normas -generalmente efectivas- dentro de una multiplicidad de contextos. Se trata, por ende, de un proceso comprensivo y ampliado, tanto formal como informal, cuya autoridad tiene como fuente material, en el capitalismo, tanto al Estado como al mercado, o en el caso alternativo, a la sociedad y a la comunidad, a los movimientos y a las asociaciones, entre otros vínculos sociales. Es un proceso esencialmente económico-político que promueve valores e intereses específicos, realiza expectativas, toma decisiones, formula políticas y ejecuta acciones cónsonas con estas, dentro de una situación de fuerzas concreta.

En ese orden de ideas, el poder constituyente es parte consustancial del proceso social constitutivo, no reducible al evento originario constituyente como lo es, por ejemplo, una asamblea constituyente. El proceso constitutivo está permanentemente abierto como la vida misma. El pueblo soberano nunca puede ceder su poder constitutivo sobre la totalidad del acontecer político, económico y social, ya que es simiente y fundamento definitivo de la democracia. Como tal, no se debe a un título jurídico, sino que está por encima de la forma jurídica estadocéntrica. No puede haber norma válida que sea exterior a esta voluntad soberana societal y comunitaria.

III. TENSIONES Y RETOS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

En una conferencia ofrecida en 2010 en Mayagüez (Puerto Rico), en la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, el filósofo político boliviano, Luis Tapia Mealla advirtió que en su país se estaba viviendo un proceso de “desbordamiento de la política en relación al Estado”. Al respecto, afirmó que la rebelión plurinacional y popular que culminó en el ascenso a la presidencia de Evo Morales no es esencialmente estatista, sino que propende hacia formas más comunitarias de mando político. Incluso señaló que existen culturas y naciones dentro de Bolivia que no tienen una noción del Estado como parte de su modo de pensar o de vivir. En esos casos, el rasgo central de su modo particular de gobernanza es la asamblea comunitaria. Concluyó Tapia que, además, el artículo 2 de la actual Constitución del Estado Plurinacional, Multicultural y Comunitario prácticamente “anula al Estado”, pues reconoce la libre determinación de las naciones, pueblos y comunidades (Rivera Lugo, 2010). En ese sentido, se potencia

la posibilidad de que estos, como expresiones del poder constituyente, sean fuentes materiales constitutivas de un derecho o una normativa más allá del Estado.

Marx advirtió que el Estado constituye una “comunidad ilusoria”. Para este, con la concepción idealista del Estado, según postulada a partir del liberalismo burgués, se pretende que dicho Estado sea una comunidad real. Como alternativa propone la constitución material de un Estado cuyo fundamento es la soberanía popular o comunal, en el que el soberano popular o comunal es el Estado real. Ahora bien, se trata de un Estado que deviene permanentemente en su contrario: un *no-Estado* encarnado en ese mismo soberano popular y la comunidad real que compone. Lo que propone Marx es la reabsorción del Estado por la sociedad o, siendo más preciso, por la comunidad, incluyendo la reapropiación por parte de esta de la producción, no solo económica sino que también normativa. Y es que la superación histórica del Estado es en dirección al desarrollo, en la alternativa, de la comunidad. Se reconoce así el carácter directamente político de la sociedad y la comunidad. Como resultado, la forma burguesa del Estado se debe ir socializando hasta extinguirse, o sea, encarnándose en la comunidad y en la subjetividad de sus miembros.

De ahí que de lo que se trata es de transitar de la forma Estado a la forma comunidad como nuevo marco horizontal y autodeterminado de gobernanza. En todo caso, la función del Estado transicional es crear las condiciones para el desarrollo de los procesos e instituciones necesarias para articular progresivamente, desde abajo, una democracia de lo común, más allá de sí y en sustitución de sí. Si de lo que se trata es de superar las asimetrías de poder propias del capitalismo y el colonialismo, no queda otra que encaminarse hacia un tránsito histórico de la razón del Estado a la razón de la comunidad, de la soberanía estatal a la soberanía comunitaria o comunal.

Por otra parte, en el caso de Ecuador, atestigüamos la existencia de tensiones similares y retos análogos, sobre todo ante una Constitución que es el resultado de una voluntad constituyente claramente definida a favor de la centralidad de la ampliación radical de la participación democrática, la cual confronta muchas veces un marco práctico que parece constreñir sus alcances originales. El poder constituyente le hizo una crítica al orden político y económico liberal, particularmente en su modalidad neoliberal. De ahí que no se trata, como bien advierten Albert Noguera y Marco Navas (2016), de entender la proclamación de un derecho expansivo de participación como si fuera un derecho constitucional más, en el sentido del positivismo jurídico burgués. Se trata de concebirlo como un *derecho constituyente*, eje de todo el nuevo andamiaje constitucional que desborda las posibilidades de la

institucionalidad propia de la forma Estado heredada, al tiempo que obliga a superar los criterios para la producción normativa que son propios del paradigma constitucional precedente.

Noguera y Navas entienden por *derecho constituyente* “aquel derecho ‘fundante’ a partir del cual se ordena una sociedad históricamente determinada y la vida de los individuos que viven en ella, en tanto se torna en la clave constitutiva e interpretativa fundamental de la organización social, política y económica”. Su vigencia plena solo es posible por medio de una transformación estructural que reconozca que el nuevo constitucionalismo no puede circunscribirse a unas interpretaciones y aplicaciones del texto constitucional, según la cultura jurídica burguesa prevaleciente, sino que se requiere la producción de un *nuevo derecho o normativa constituyente* –que no es necesariamente lo mismo que derecho constitucional-, en la cual se reconozca efectivamente la centralidad del poder constitutivo de la voluntad del soberano popular, es decir, el poder constituyente por encima del poder constituido (Noguera & Navas, 2016: 25-29).

Desde esta perspectiva, la verdadera Constitución -es decir, la *constitución material*- es el pueblo soberano, aquel que fue criminalizado como *forajido* en el orden político-jurídico anterior. Su sujeto principal ya no es el abstracto sujeto jurídico del constitucionalismo liberal-burgués, sino ese sujeto que soberanamente se rebeló con el objetivo de refundar, desde sí mismo, la sociedad toda, con los efectos normativos correspondientes. Sin embargo, si de una verdadera refundación se trata, se necesitaría realizar una problematización crítica de la forma burguesa del Estado, así como del Estado de derecho, dadas sus limitaciones y restricciones consustanciales para motorizar un constitucionalismo que se potencie desde un poder constitutivo permanente e inalienable del soberano popular, en sus múltiples expresiones, para la superación de la colonialidad capitalista que lo aqueja. Lamentablemente, no lo hubo con la profundidad debida.

Por otra parte, en el caso de Venezuela estamos ante un proceso constitucional que tiene como acontecimiento fundacional el Caracazo de 1989. Mientras en Europa se celebraba la demolición del funesto Muro de Berlín y el “colapso del socialismo real”, proclamando además que la historia de la humanidad había encontrado por fin una razón universal en el liberalismo político y económico, a partir del Caracazo se motorizó una resistencia popular desde abajo contra el capital y sus nuevas políticas neoliberales de desposesión de la inmensa mayoría de la sociedad. El resultado fue el proceso social constitutivo que desembocó en la Constitución bolivariana de 1999, cuyo sujeto protagónico es ese pueblo en rebelión que estuvo marginado y ausente de la hipócrita constitución liberal precedente. Se propuso

refundar el orden constitucional a partir de los cambios habidos en el orden material constitutivo, en especial la articulación de un nuevo bloque hegemónico de fuerzas. El despertar y la activación de ese sujeto originario, oprimido y olvidado fueron la razón por la que este proceso constitutivo se convirtió en un nuevo y refrescante referente para el constitucionalismo contemporáneo, sobre todo en la América nuestra.

Ahora bien, Hugo Chávez, quien presidió sobre dicho proceso como mandatario electo entre 1998 al 2013, sabía que la refundación solo se posibilitaría en la medida en que la rebelión civil se encauzara hacia la organización de una propuesta afirmativa de transformación revolucionaria que llevara a la progresiva superación histórica del orden del capital. En ese aspecto, estuvo siempre consciente de las limitaciones que el Estado heredado le impondría a dicho proceso de cambio, en particular por su burocratización, sectarismo y corrupción. No bastarían las buenas ideas e intenciones, sino que había que instituir lo nuevo para evitar que lo viejo terminara por reimponerse. De ahí el impulso desde su presidencia de las “misiones”, como el primer paso hacia la socialización del poder político (Serrano Mancilla, 2015: 428-463). Así mismo, Chávez propuso el desarrollo de un nuevo poder comunal, fiel a su creencia en un *socialismo del siglo XXI* que superara las deficiencias históricas que llevaron al colapso del llamado socialismo real europeo, sobre todo el soviético. No se trataba de algo definitivamente configurado o realizado, sino de un impulso constitutivo en gestación que se fue potenciando gradualmente en el proceso. Lo planteó como un poder popular, articulado desde abajo, el cual debía irse ampliando progresivamente a todos los ámbitos de la vida nacional como parte de una reestructuración de lo que calificó como la “geometría del poder” (Chávez, 2012).

En la ley orgánica de las comunas de 2009, junto a aquella otra legislación suplementaria sobre la materia aprobada en años posteriores, las comunas se concibieron como un paso en dirección a la institución del poder comunal. Cada comuna redacta y aprueba, en asamblea, una especie de Constitución comunal conocida como Carta fundacional. De este modo, la Constitución bolivariana no solo se comuniza sino que se reproduce creativamente, desde abajo, en cada rincón del país, en reconocimiento efectivo de la pluralidad constitutiva del país. Esto incluye, como corolario, el desarrollo de la economía comunal como expresión de la socialización efectiva de la producción social y los procesos de intercambio desde la comuna. Se reconoce así que la nueva economía política venezolana debe tener como eje y fuente de sus decisiones la voluntad general del pueblo soberano, organizado comunally. Solo es soberano quien efectivamente

decide, tanto en el plano político y económico, aun en el caso de la llamada propiedad social. Únicamente así se puede ir arrinconando el control que ejerce la institución burguesa de la propiedad privada o el control estatista sobre los medios de producción e intercambio. He aquí, según Chávez, el nudo gordiano que debe romperse si de verdad se ha de avanzar hacia “un socialismo bolivariano del siglo XXI”, apuntalado en el poder comunal.

De esta manera, la propuesta comunal de Chávez buscó orientar el proceso social constitutivo de su país hacia ese impulso equivalencial de la forma-comunidad siempre latente como *potentia* permanente, el cual ha reemergido en estos tiempos. Marx tenía en la comuna su modelo de superación histórica del Estado burgués. A partir de la experiencia histórica de la Comuna de París, Marx comprueba que “la clase obrera no puede simplemente tomar posesión de la máquina estatal existente y ponerla en marcha para sus propios fines”. Luego de la experiencia de la Comuna de París, tanto Marx como Engels comienzan a vislumbrar como imperativo político el desarrollo de un proceso constitutivo de otra forma de gobernanza ajena a la forma estatal burguesa. Según este, el pueblo como soberano popular se erige en el Estado real, un Estado que deviene progresivamente en su contrario: un *no-Estado* encarnado en ese soberano popular o comunal. Lo que propone Marx es la reabsorción del Estado por la sociedad, haciéndose comunidad, e incluyendo la reapropiación por esta de la producción económica y normativa.

Aquí radica la verdadera prueba de fuego de si el *nuevo constitucionalismo* en los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador representa, más allá de sus eventos fundantes, una secuencia de procesos y hechos históricos de carácter revolucionario. Esto no se puede determinar exclusivamente desde los principios normativos que formalmente enuncian, como por ejemplo la primacía del poder constituyente frente al poder constituido, la plurinacionalidad, la democracia participativa, la pluralidad de fuentes normativas societales y el *vivir bien*. Hay que examinar sus prácticas, incluyendo su interpretación y aplicación, para así identificar si se está realizando concretamente el impulso constitutivo que encierran de lo nuevo, incluyendo la constitución de una subjetividad democráticamente empoderada o si se sigue reproduciendo el marco práctico y doctrinario del constitucionalismo liberal.

Una experiencia reciente que merece destacarse es la relativa a la iniciativa en Venezuela de acudir nuevamente al poder constituyente para intentar estabilizar y superar una crisis constitucional producto de la división del poder gubernamental entre las ramas ejecutiva y judicial, en manos de la izquierda, y la rama legislativa, en manos de una

derecha que, incluso, ha estado dispuesta a recurrir a actos violentos y criminales en las calles. Con la instauración de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) en julio de 2017, se logró pacificar la situación. Se trata de un cuerpo cuya composición en términos de condición social, orientación política, raza, etnia y género es representativa de ese nuevo sujeto que ya en 1999 irrumpió desde abajo para refundar política y normativamente el modo de ser y estar en común en Venezuela. Con la ANC se instituyó un nuevo proceso constituyente cuyas decisiones están por encima de cualquier determinación o acto de cualesquiera de las ramas o instancias gubernamentales. Como parte de su agenda, ha decidido emprender además una necesaria actualización del texto de la Constitución Política de 1999, en atención a los nuevos retos planteados, sobre todo la profundización de la revolución hacia el socialismo y la consolidación material del poder comunal como nueva forma política.

De ese modo, se presencia el surgimiento de una nueva normatividad constituyente que no surge del poder constituido sino de un poder constituyente, encarnado especialmente en las comunas, desde una comprensión cabal de lo constitucional como campo de batalla. Incluso se ha podido reconfirmar el poco respeto que demuestran hacia el orden constitucional vigente tanto las fuerzas contrarrevolucionarias u opositoras, como sus aliados externos, sobre todo el Gobierno de Estados Unidos. Al igual que en el caso de Chile en 1973, los llamados abiertos hechos por voceros de estos a un golpe de Estado solo viene a confirmar una vez más la profunda hipocresía de aquellos frente a la legalidad vigente cuando esta no le permite seguir garantizando sus bastardos intereses. En estos momentos reconocen que en la realidad de los hechos prevalece aquel proyecto de país y de sociedad que tiene a su favor el balance real de fuerzas.

IV. LA CRISIS DEL ESTADO BURGUÉS DE DERECHO Y SU CONSTITUCIÓN

De acuerdo con lo antes expuesto, lo que se ha llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* representa potencialmente una ruptura paradigmática con el constitucionalismo liberal que ha predominado como modelo en la modernidad capitalista. Sin embargo, para realizar dicha posibilidad histórica se tiene que encarar la necesidad de repensar y replantearse lo que ha sido hasta ahora eso que llamamos Estado de Derecho y Constitución. Hay que rechazar toda pretensión de neutralidad ideológica o axiológica de estas, así como de otras categorías o conceptos que, como ya he anticipado, han servido para guiar –o nublar– nuestro entendimiento acerca del derecho realmente existente. De ahí que habrá que resignificarlos para anclarlos en

su realidad material en vez de su alienante razón formal, y a su vez, habrá que superarlos e inventarnos nuevos conceptos, categorías y entendimientos que estén a tono con ese movimiento histórico de lo común que se quiere potenciar más allá del capitalismo y la colonialidad del pensamiento heredado.

Con ese propósito, hay que superar todo ilusionismo juricista. Solo puede entenderse el derecho desde una perspectiva materialista y, por ende, estratégica, como parte de un orden civil de batallas entre clases, grupos, pueblos, razas y sexos. Se trata de un orden material contradictorio, conflictivo y fracturado, cada una de sus expresiones empuñando aspiraciones, intereses y expectativas particulares. Contrario a la noción común, ideológicamente motivada, el derecho no representa la pacificación social. Aspira en todo caso a ocultar el hecho de que en el fondo es la guerra continua por otros medios alejadamente consentidos. Las múltiples manifestaciones del conflicto social son el motor de las instituciones y el orden estatal.

Marx insistió en que no debemos hablar del derecho en abstracto, ya que lo que prevalece finalmente como tal es el resultado del balance real de fuerzas. Lo jurídico se construye socialmente a partir de las relaciones de poder real y también en su beneficio para servirle de instrumento, justificación y validación. En ese sentido, el derecho es un proceso caracterizado por una estructura concreta de relaciones sociales desiguales de poder que debemos entender para articular estrategias políticas, económicas, legales o normativas de cambio. El derecho burgués es, en el fondo, un modo de regulación social históricamente determinado que está predicado en la sanción coactiva para compeler la sumisión al orden capitalista prevaleciente.

El Estado de derecho moderno no ha sido otra cosa que un Estado burgués de derecho. Su ideal constitucional se limita mayormente a las libertades burguesas: la propiedad privada, la libertad contractual, la libertad empresarial, la libertad del mercado y, como corolario de estas, la autonomía de la voluntad o la libertad individual, en particular para pactar la venta de la fuerza de trabajo con los propietarios de los medios de producción e intercambio. A partir de este, el Estado cumple una función auxiliar e instrumental, cuidadosamente delimitada por un sistema jurídico, para la garantía, incluso armada, de dichas libertades.

En ese aspecto, la libertad burguesa se garantiza mediante ley y solo valdrán aquellas decisiones, acciones y normas que estén comprendidas dentro de este modo burgués de la realización de la libertad humana, que no es otro que el modo de realización del capital. Dentro de ello la Constitución se erige como la ley fundamental y establece la judicialización de toda solución a los conflictos sociales. La llamada

independencia judicial para la realización de dicha función siempre está delimitada, para validar sus decisiones, por la norma o regla fijada de antemano en el Estado burgués de derecho.

Ya es hora de que se entienda que la desigualdad y la discriminación *de facto* son consustanciales al Estado burgués de derecho y a su Constitución. Ambos están determinados por un hecho económico-político fundante que le sirve de matriz a toda su normativa, aunque se pretenda invisibilizar: la dominación y reproducción continua y ampliada del capital. Contrario a lo que postula Kelsen, no existe un *grundnorm* ahistórico. Todo Estado de derecho depende en última instancia de un acontecimiento fundacional, esto es, un hecho de fuerza, un hecho constitutivo que es expresión de un nuevo bloque histórico de fuerzas. En este radica su matriz material constitutiva para la fundación o refundación de toda ordenación política, económica y social. Aun en el caso de esa vertiente del Estado burgués que es el Estado social o de bienestar, este tan solo asumió coyunturalmente una función reguladora de la economía política capitalista como parte de un arreglo político y social conciliador entre las clases, que nunca llegó a representar en el fondo una impugnación sistémica, a pesar del avance de reformas redistributivas e igualitarias que se dieron en su interior. Son las mismas que hoy se van erradicando en el seno de esa nueva expresión del Estado burgués: el Estado neoliberal de la subsunción real y total.

V. LAS DOS CARAS DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIETAL

Hay quienes postulan la creciente obsolescencia del modelo constitucional liberal para garantizar la necesaria integración y control social en el modo capitalista de producción y dominación (Sciulli, 1992). Frente a esa multiplicación de fuentes materiales para la prescripción normativa, ha ido evidenciándose la existencia de un nuevo orden material del capital y el consiguiente surgimiento de lo que se ha calificado como un *constitucionalismo societal* expresivo de impulsos contradictorios de cambio y cuyos protagonistas están situados generalmente más allá de los estados. Por *constitucionalismo societal* se entiende el proceso social constitutivo que ha caracterizado la prescripción normativa bajo la economía política capitalista en este nuevo periodo de expansión e internacionalización del capital conocido como globalización. Se trata de la normativa producida por los operadores de dicha economía global, tanto los privados, por ejemplo, las corporaciones multinacionales o transnacionales, como los públicos, es decir, los ministerios de Economía y Finanzas, los bancos centrales y las organizaciones internacionales reguladoras como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y la

Organización Mundial de Comercio (OMC). Según Gunther Teubner, estos se han divorciado crecientemente del Estado-nación y sus procesos de prescripción normativa y de solución de conflictos. Este se lo achaca a una fragmentación que ha acaecido en las sociedades, lo que ha potenciado una autonomización creciente o, si se prefiere, atomización de sus componentes sociales, con la consiguiente ruptura del vínculo común que le servía de sustrato al Estado (Teubner, 2004).

Teubner puntualiza que la constitución de otros órdenes normativos desde procesos constitutivos, ya no nacionales sino que globales o transnacionales, ha dado impulso a la demanda por un constitucionalismo independiente del derecho constitucional estadocéntrico. Si bien tradicionalmente se ha considerado que los procesos constitucionales son estadocéntricos, existe hoy una tendencia a considerar que sus procesos constitutivos abarcan a la totalidad de la sociedad, sin la necesidad de requerir actores colectivos en el sentido del soberano popular o el poder constituyente, en el sentido clásico. Incluso, según este, el *constitucionalismo societal* trata de la posibilidad real de un constitucionalismo desvinculado del Estado o de una multiplicidad de constituciones civiles o privadas, con efectividad tanto nacional como mundial, producto de unos sujetos mayormente desnacionalizados en sus intereses que, por ende, ya no se sienten representados por el Estado-nación y su Constitución desde su nueva identidad transnacional o global (Teubner, 2012). Esto conduce a la coexistencia imperativa de los estados con sus nuevos actores globales, para la efectiva gobernanza sobre las relaciones económicas internacionales.

En el fondo, toda sociedad se caracteriza cada vez más abiertamente no solo por una pluralidad jurídica y normativa en general, compuesta por una constelación de sistemas o modos autónomos de normatividad más allá del Estado, sino que como parte de esta, también está definida por una pluralidad constitutiva, la cual, al fin y al cabo, caracteriza toda constitución como representativa de un orden material dado. Como tal, toda Constitución es fecundada permanentemente desde múltiples contextos y a partir de una pluralidad de sujetos con capacidad autónoma para la producción de normas.

Para Teubner, el *constitucionalismo societal* es la regulación de ese proceso social global preexistente para limitar sus efectos negativos, en especial los desestabilizadores del funcionamiento ordenado de la economía global. Un ejemplo de este *constitucionalismo societal* privatizador de los procesos de producción normativa y solución de conflictos lo vemos claramente en los términos propuestos por el capital para el reconocimiento y puesta en vigencia de unas nuevas reglas para la regulación de sus actividades económicas internacionales, consignadas en los proyectos secretos del Acuerdo del Transpacífico (TPP), el Acuerdo del

Transatlántico (TTIP) y el Acuerdo sobre Comercio de Servicios (TISA), entre otros. Con las negociaciones gubernamentales que han precedido la aprobación de estos tratados, desarrollados dentro del más absoluto secreto, se pretende al menos dar la apariencia de que han sido sometidos a controles regulatorios para evitar los efectos negativos que puedan resultar producto de su eventual implantación. Teubner concluye insistiendo en que el gran reto es sacar estos impulsos normativos autónomos de su actual estado de latencia, potenciando efectivamente el curso real que está tomando el constitucionalismo en la sociedad contemporánea y de ese modo influir sobre la dirección que han de seguir. Se trata, en última instancia, de validar la gobernanza plena del capital.

Ahora bien, se olvida Teubner de que el capital es en el fondo una relación social en la que sus estrategias actuales de dominación se enfrentan, como en el pasado, a unos impulsos contestatarios que plantean otras posibilidades constitutivas como, por ejemplo, el representado por el llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Frente al agotamiento de las posibilidades del constitucionalismo liberal y a la intensificación de las luchas de todo tipo contra la reordenación neoliberal que se fue imponiendo desde mediados de la década de los setenta del siglo pasado, se ha atestiguado el nacimiento de un nuevo proceso social constitutivo. Este no solo se propone tomar distancia del marco constitucional liberal sino que construye alternativamente nuevos sentidos enraizados en la potenciación de una nueva esfera de lo común, mas allá de las esferas privada y pública en torno a las cuales ha girado hasta ahora el constitucionalismo. El *nuevo constitucionalismo latinoamericano* representa no solo la oportunidad para explorar otra forma de organizar la gobernanza y la regulación social sino, sobre todo, el reto de hacerlo de manera que vaya más allá del horizonte limitado del Estado burgués de derecho para arraigarse en una vida social crecientemente autonomizada frente a este. Se trata de potenciar la realización plena del constitucionalismo mediante su socialización o, para ser más precisos, su comunalización. Estamos, en el fondo, ante otra vertiente histórica del *constitucionalismo social*. Para ser más preciso, se trata de un *constitucionalismo comunal* representativo de una nueva posibilidad: la construcción de espacios comunes y plurales de producción, decisión y vida más allá de las lógicas triturantes del Estado de la subsunción real y total. Esto introduce una nueva espacialidad extendida, que valora lo local y lo singular, particularmente en el contexto comunitario, en sus múltiples manifestaciones. Se trata de la *potentia* del *potestas constituta* para revolucionar las relaciones sociales y de poder desde lo local, que es desde donde se implantan, desarrollan y reproducen, en primer lugar, los efectos reales de cualquier poder constitutivo.

La dialéctica de ese *constitucionalismo comunal* no solo se manifiesta como *potentia* en el seno de aquellos estados que, como Venezuela, Bolivia y Ecuador, han sido protagonistas principales del llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. La progresiva autonomización de los procesos constitutivos y su desvinculación creciente del Estado y su derecho, nos obligan a aquilatar también procesos que se plantean la construcción, desde abajo, de unas estructuras muy otras de poder y de producción normativa como, por ejemplo, las representadas por los “caracoles” o las Juntas de Buen Gobierno organizadas por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en Chiapas, lo que incluye su propio sistema de administración de justicia ajeno a la forma-jurídica burguesa. Además, ante la creciente crisis de legitimidad que arroja al gobierno en México, ha surgido un movimiento societal y comunal que ha ido promoviendo activamente la demanda a favor de una convocatoria a una Constituyente Ciudadana-Popular. La iniciativa popular se basa en el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. Estamos aquí ante la afirmación de esa otra soberanía, propia de un *constitucionalismo comunal*: la soberanía comunitaria. He ahí, insisto, la nueva posibilidad histórica: el reconocimiento de la sociedad toda como fuente de una pluralidad de procesos constitutivos independientes del orden constitucional estadocéntrico.

Claro esta, hay que evitar sucumbir ante el espejismo de que lo local lo es todo. No podemos olvidar que el capitalismo es una totalidad social que busca imponer sus lógicas de dominación desde lo local hasta lo global. Para que la forma-comunidad realice su *potentia* transcapitalista, tiene que pensarse y asumirse desde una perspectiva igualmente expansiva e integral. Lo local constituye un campo de lucha y transformación desde el cual potenciar e instituir un modo alternativo de socialidad y de mundo.

La revolución es un proceso constitutivo de lo nuevo y no meramente de negación o destrucción de lo viejo, por lo que resulta imperativo que rompamos definitivamente con la idea que hasta ahora se tiene del constitucionalismo como proceso estadocéntrico con un sentido unitario. Hay que encaminarse hacia formas más comunitarias y plurales de mando político y prescripción normativa. En las comunidades y comunas está el embrión empíricamente comprobable de una nueva posibilidad transformativa, tanto sistémica como civilizatoria. Y es que la apuesta por lo común no trata en última instancia de tomar el Estado existente, sino de transformarlo progresivamente, tomar distancia para

romper finalmente con él como modo hegemónico de regulación y gobernanza sobre nuestra vida en común. La izquierda no puede seguir asumiendo la función de perfeccionamiento del Estado y el derecho heredado sin que termine finalmente atrapada por sus lógicas reproductoras. En el proceso, en vez de construir lo propio, solo se desgasta al tratar de enderezar mínimamente el entuerto sistémico del capital, el cual, por más que se busque, no tiene salida.

BIBLIOGRAFÍA

- Bosteels, B. 2014 “Estado, comuna, comunidad”, en *Revista Boliviana de Investigación*, Vol. 11, N.º 1.
- Carbonnier, J. 1974 *Derecho flexible* (Madrid: Tecnos).
- Chávez Frías, H. 2012 *Golpe de timón* (Caracas: Ediciones Correo del Orinoco).
- De Sousa Santos, B. 2010 *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur* (Lima: IIDS).
- García Linera, Á. 2009 *Forma valor y forma comunidad* (La Paz: Clacso-Muela del Diablo-Comuna).
- Hardt, M. & Negri, A. 2017 *Assembly* (New York: Oxford University Press).
- Mascaro, A. L. 2013 *Estado e forma política* (São Paulo: Boitempo).
- Negri, Antonio 1994 *El poder constituyente* (Madrid: Libertarias/ Prodhufi).
- Negri, A. 2003 *La forma-Estado* (Madrid: Akal).
- Noguera, A. y Navas, M. 2016 *Los nuevos derechos de participación en Ecuador, ¿Derechos constituyentes o derechos constitucionales? Estudio del modelo constitucional de 2008* (Valencia: Tirant Lo Blanch).
- Pashukanis, E. 1976 *La teoría general del derecho y del marxismo* (México, D. F.: Grijalbo).
- Reisman, W. M. 1976 “Law from the Policy Perspective”, en Weisstub, David (ed.) *Law and Policy* (Toronto: Osgoode Hall Law School, York University).
- Rivera Lugo, C. 2010 “La soberanía comunitaria”, en *Claridad* (San Juan de Puerto Rico: Editorial Claridad). <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=112198>.
- Rivera Lugo, C. y Correas Vázquez, O. 2013 *El comunismo jurídico* (México, D.F.: CEIICH-UNAM).
- Rivera Lugo, C. 2014 ¡Ni una vida más para el Derecho! Reflexiones sobre la crisis actual de la forma-jurídica (Aguascalientes/San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y Programa de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí).

- Rodatà, S. 2010 *La vida y las reglas: Entre el derecho y el no-derecho* (Madrid: Trotta).
- Rubio Carracedo, J. 1990 *Paradigmas de la política* (Barcelona: Anthropos).
- Schmitt, C. 1982 *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza).
- Serrano Mancilla, A. 2015 *El pensamiento económico de Hugo Chávez* (Caracas: Vadell).
- Sciulli, D. 1992 *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Teubner, G. 2004 “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory”, AA. VV. *Constitutionalism and Transnational Governance* (Oxford: Hart Publishing).
- Teubner, G. 2012 *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford: Oxford University Press).

TERCERA PARTE
TEORÍAS Y ENFOQUES CRÍTICOS
SOBRE EL DERECHO

DE SIMPLISMOS REDUCCIONISTAS Y RELEVANCIAS: ANÁLISIS CONCEPTUAL DE LOS MARXISMOS JURÍDICOS ORTODOXOS PARA LAS TEORÍAS JURÍDICAS CRÍTICAS EN LA ACTUALIDAD

Mylai Burgos Matamoros*

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es delinear los marxismos jurídicos que han tenido mayores influencias en el pensamiento jurídico cubano posterior al triunfo de la revolución, destacando sus contenidos más relevantes y sus influencias específicas en las teorías que sustentan al derecho en la isla hoy. En este análisis conceptual histórico se hará énfasis en las categorías más rescatables desde estos pensamientos, que también han tenido mayor importancia por su profundización en la teoría jurídica marxista cubana actual. La idea es delinear esas categorías fundamentales que tienen la marca epistémica metodológica del marxismo, no solo por la radicalidad y profundidad conceptual que se ha elaborado en la isla, sino porque pueden aportar a las teorías críticas del derecho de la actualidad.

El iusmarxismo es la teoría del derecho que concibe y estudia el fenómeno jurídico desde perspectivas marxistas, es decir, basado en la epistemología materialista y la metodología histórico-dialéctica, donde se pueden encontrar análisis del derecho desde categorías del marxismo clásico del siglo XIX o el neomarxismo occidental del siglo XX, como pueden ser: relaciones sociales y jurídicas, modo de producción,

* Profesora investigadora de la Academia de Derecho de la Universidad Autónoma de Ciudad de México.

medios de producción, fuerzas productivas, base económica y superestructura, fetichismo, alienación/enajenación, hegemonía, consenso, totalidad social, entre otras elaboradas críticamente y que aporten desde estas epistemologías. En este sentido, no hay un iusmarxismo, sino marxismos jurídicos condicionados por sus momentos históricos con diferentes fuentes, contenidos y fines. No existe en la actualidad una clasificación exhaustiva de las teorías marxistas del derecho, pero se podría exponer un panorama general del tema, alertando que, como todo tipo de caracterización, podría tener excepciones.

Se define así que han existido dos tipos de marxismos jurídicos de manera muy general, el ortodoxo y el heterodoxo. El primero surge a partir del triunfo de la Revolución de Octubre de 1917, en Rusia, por las preocupaciones de los juristas rusos en concebir una teoría del derecho socialista a partir de las interpretaciones de las doctrinas del marxismo clásico. Su desarrollo estuvo ligado a los primeros años de la Revolución rusa, al socialismo real soviético en sus diversas etapas, y a las experiencias socialistas de Europa del Este, América Latina y Asia, aunque también ha tenido influencia en el pensamiento de teóricos en contextos no socialistas. Sus contenidos se centraron en construir una nueva teoría del derecho y del Estado, desde interpretaciones del marxismo clásico que incluyen todas las ramas del derecho, sobre todo constitucional, administrativo, civil, penal, económico, comercial, internacional, procesal, criminología e historia del derecho. También se podría afirmar que dentro de la ortodoxia se pueden considerar autores radicados en países no socialistas que se dedicaron a hacer una crítica del derecho moderno en el sistema capitalista desde categorías del marxismo clásico¹.

Por otro lado, los marxismos jurídicos heterodoxos tendrían que ver con el uso de categorías neomarxistas, derivadas sobre todo del pensamiento de Antonio Gramsci, Louis Althusser y la Escuela Crítica de Fráncfort, teniendo mayor desarrollo a partir de la década de los sesenta, con influencias de otros pensamientos críticos. Sus contenidos abren el panorama del análisis del fenómeno jurídico, haciendo críticas epistémicas y metodológicas no solo al derecho liberal sino también al ortodoxismo iusmarxista, además de acudir a disciplinas como la sociología, la antropología y la psicología para analizar la realidad social.

1 Los autores más conocidos serían el argentino-mexicano Óscar Correas, con toda su obra sobre la crítica del derecho moderno y su interés por estudiar el derecho desde una perspectiva socioeconómica, y el chileno Eduardo Novoa Monreal, con sus estudios sobre propiedad y el análisis económico del derecho desde las relaciones capitalistas.

Para pensar en las influencias del pensamiento jurídico cubano en estudio, habría que remitirse al iusmarxismo ortodoxo, el cual, a su vez, presenta varias perspectivas².

Si se retoma el análisis del italiano Umberto Cerroni y del cubano Julio Fernández Bulté, se delinean tres interpretaciones dentro de estas concepciones teóricas del derecho marxista ortodoxo: el condicionamiento económico del derecho, el reduccionismo económico y el reduccionismo o voluntarismo político³. Las tres perspectivas se centran en qué concebían como derecho, su relación con el Estado y con la economía, sus fines, teniendo en cuenta, sobre todo, sus desarrollos en los inicios de la construcción de una nueva sociedad de carácter socialista (Fernández, 1999: 111; Fernández, 2000; Cerroni, 1969).

Por otro lado, siguiendo a Atienza, el sistema jurídico socialista —lo que implica un análisis diferente— se puede estudiar por etapas centradas en el desarrollo de la Unión Soviética y a partir de la posguerra en los países de Europa del Este: estas comenzaron con el comunismo de la Primera Guerra (1917-1920), la nueva política económica (1921-1927), el periodo estalinista (1928-1953), la etapa posestalinista y la actual; en esta última, el autor se refiere más bien a los cambios que comenzaron durante el proceso de desintegración del campo socialista europeo (Atienza y Ruiz, 2004). Al hacer una comparación entre las doctrinas que se valoran por sus contenidos y los periodos históricos, se puede percibir que se habla muy poco de toda la doctrina jurídica posestalinista, a pesar de ser la que recoge las concepciones del derecho más elaboradas del iusmarxismo ortodoxo, e incluso debates que se dieron entre estos autores y sus predecesores, como parte del desarrollo del derecho soviético.

El motivo principal reside en que toda esta producción teórica se asocia en muchos aspectos con las concepciones del reduccionismo o voluntarismo político del periodo estalinista. Pero realmente las doctrinas iusmarxistas posestalinistas que perduraron hasta la caída del campo socialista son perspectivas teóricas eclécticas que utilizan el condicionamiento económico de las relaciones sociales para la conformación de lo jurídico, análisis dialécticos e históricos y la voluntad política estatal para establecer el derecho, es decir, presentan

2 Se mencionan algunas obras en las que se exponen análisis sobre los iusmarxismos ortodoxos: Cerroni (1969); Fernández (2000: 261 y ss.); De la Torre (2007: 103 y ss.); Fucito (1999: 297 y ss). Otros estudios conocidos sobre el tema son de Atienza y Ruiz (2004: 72 y ss.), Hernández Gil (1970), citados por Stoyanovitch (1965) y Stoyanovitch (1977).

3 Los autores más conocidos relacionados con estos iusmarxismos ortodoxos son Stucka, Pashukanis, Vysinskij y Strogovic (1972), Stucka (1977) y Pashukanis (1976).

influencias de todo lo que se había elaborado previamente. Vale la pena destacar que las concepciones desarrolladas a partir de los años cincuenta fueron las que con mayor fuerza se introdujeron en Cuba teóricamente, aunque no se puede negar que, al caer el campo socialista, algunos elementos de los propios cambios soviéticos se han retomado y se continúan pensando en la isla, ya desde China o desde Vietnam, sobre todo en temas económicos⁴.

Los juristas de los países socialistas europeos hicieron su propia clasificación a partir del devenir histórico del proceso socialista en sus territorios, y tienen como referente inicial el triunfo del proceso revolucionario de 1917, para continuar con el comunismo de guerra, el proceso de transición del capitalismo al socialismo, y culminar con la construcción del comunismo desde la consolidación socialista (Ioffe, 1960). Con la caída del campo socialista, las reflexiones jurídicas marxistas de esos países al parecer terminaron, o al menos no son conocidas como sus producciones previas.

IUSMARXISMOS ORTODOXOS

Los análisis hechos por Julio Fernández Bulté, que tienen gran influencia del jurista italiano Umberto Cerroni, delinearán históricamente cómo se han percibido en contenido y críticas los iusmarxismos ortodoxos en el pensamiento jurídico cubano. Para esto se hará referencia a las clasificaciones realizadas por estos autores, como el condicionamiento económico social del derecho, el reduccionismo económico del derecho y el voluntarismo o reduccionismo político. Posteriormente, se comentarán con más énfasis las teorías posestalinistas, que se han constituido en las de mayor influencia para la iusfilosofía cubana revolucionaria y sus tendencias actuales.

CONDICIONAMIENTO ECONÓMICO SOCIAL DEL DERECHO

Desde los autores que exponen estas tendencias, el derecho se percibe como un fenómeno histórico explicado como una “categoría socialmente condicionada por la base económica de la sociedad, de la cual depende de modo absoluto” (Fernández, 2000: 266). Esto provoca que no tenga un desarrollo interior propio, sino que está *determinado* por

4 No se obvia que en la actualidad cubana se están llevando a cabo reformas económicas desde los años noventa, intentando paliar la crisis económica en la que ha estado sumergido el país desde la caída del campo socialista y el soporte económico que suponía para Cuba. En este sentido, han cambiado normas jurídicas que han incidido en algunos conceptos jurídicos, entre ellos la propiedad. Esto no quiere decir que Cuba haya roto con los principios básicos de ese iusmarxismo ortodoxo en cuanto a lo regulado constitucionalmente, sino que más bien mantiene una mixtura compleja entre estos principios y reformas legales realizadas como necesarias oficialmente.

las relaciones económicas, concebida en este caso como base económica en separación de la superestructura político-jurídica, usando las categorías marxianas. En este orden de ideas, el derecho tiene un papel pasivo ante el proceso social, solo responde al movimiento económico limitando todo su carácter regulador y rector de conductas, que en sus contenidos expresa voluntades políticas, como la del estado o la de grupos representados por este. Obvia así su carácter axiológico, y el contenido valorativo que puede contener, dígase en una sociedad capitalista o socialista, coartando todo tipo de accionar creador desde este ámbito social. Sus principales exponentes serían Karl Kautsky y el austriaco Karl Renner con su apodo Karner, y se plantea que es una tendencia que ha estado presente en las elaboraciones teóricas iusmarxistas durante todo el siglo XX.

La principal crítica que han hecho los analistas que no parten solo del derecho sino de la filosofía y la economía política marxista en general es la famosa separación y subordinación de la base económica y la superestructura. A partir de una reproducción filológica de los textos del marxismo clásico y coartada de la obra marxiana como totalidad, se realiza una interpretación determinista de la relación entre las relaciones económicas y el desenvolvimiento del ámbito de la política, la ideología, los valores, el derecho, etc. En la propia doctrina jurídica cubana se acotaron estas interpretaciones en los años noventa, retomando a Antonio Gramsci para analizar las relaciones de estos conceptos en el marxismo desde una interrelación dialéctica y de mutuas influencias, no de subordinación fetichizada y determinista.

REDUCCIONISMO ECONÓMICO DEL DERECHO

El reduccionismo económico del derecho se les adjudica a las obras de los juristas soviéticos más conocidos en el ámbito de la filosofía del derecho: Petr Ivanovich Stucka y Evgeni B. Pashukanis⁵. En los años veinte razonaron sobre el ámbito de lo jurídico como relaciones sociales, no como fenómeno normativo. El derecho es un sistema de relaciones sociales que corresponde a los intereses de la clase dominante, en la que la tutela no tiene que ver con el Estado sino por la propia fuerza de la clase que domina. Dichas relaciones son económicas, por lo que el derecho no es superestructural sino que es parte de la base económica de la sociedad, aunque presenta formas abstractas como las leyes y la ideología, plantea Stucka. En tal sentido, son exponentes de una profunda crítica al normativismo formalista abstracto de la época.

5 Es posible ver sus principales obras como las de la nota 4.

Aunque parten de presupuestos similares, tienen algunas diferencias relevantes en sus análisis. Stucka tiene una perspectiva más sociológica del derecho, lo percibe como hechos, vinculado a su eficacia a partir de interpretaciones económicas. El derecho en el socialismo tiene la función revolucionaria instrumental de reorganizar las relaciones de producción y el conocimiento jurídico estudia estas formas concretas-económicas del funcionamiento social, lo cual hace que solo el derecho civil y el económico sean los fundamentales jurídicamente. Así, el derecho, por ser clasista y relacional, morirá con la extinción de la sociedad de clases y sus relaciones de dominación.

Por su parte, Pashukanis, catalogado por algunos autores como el mejor exponente del iusmarxismo soviético, intenta retomar las categorías del marxismo clásico para reconstruir el derecho. En este sentido, la relación jurídica refleja las relaciones mercantiles y es la forma mercantil la que produce la forma jurídica; por tanto, el derecho como norma es una mistificación: no es que no exista, sino que es aparente. Dicho así, el derecho como fenómeno abstracto es incoherente. El autor retoma la concepción fetichista de la mercancía y la lleva hacia el fetichismo de lo jurídico. Plantea así que, desde el punto de vista económico, el ser humano es dominado por la cosa porque, como mercancía objetiva en sí, las relaciones sociales no dependen de él; mientras que en el derecho las personas dominan las cosas, porque se convierten en propietarios o poseedores, abstrayéndose como sujetos de derechos, que es un producto de las relaciones sociales. Para el jurista soviético todo esto provoca que el derecho privado sea realmente el único existente pues lo que hay en la realidad son relaciones económicas que se reflejan como jurídicas. Finalmente, niega el papel del derecho en la sociedad socialista, propugnando que este es consustancial al sistema capitalista y a sus relaciones económicas, restándole todo mérito y construcción al fenómeno sociojurídico en el proceso de construcción del socialismo. El derecho nunca se fortalecerá en el socialismo, sino que expresa los remanentes de las relaciones del capital que quedan en ese periodo. Por consiguiente, se irá extinguiendo en la medida en que vayan desapareciendo este tipo de relaciones sociales propias del periodo de transición hacia la sociedad comunista.

En el prólogo del texto *La teoría general del derecho y el marxismo*, publicado en México en 1976, Sánchez Vázquez critica la postura del autor por la lectura fragmentaria que hace de la *Crítica del programa de Gotha*, de 1875. Marx plantea que el derecho en el socialismo es burgués porque solo está analizando “un aspecto determinado del derecho: el que rige la distribución de los medios de consumo” (Pashukanis, 1976: XII), comenta que no es la etapa más importante del derecho, puesto que “es un corolario de la distribución de las

propias condiciones de producción” (Pashukanis, 1976: XII). De esta interpretación se deduce entonces, que el derecho en el socialismo tiene cierta correspondencia con las condiciones materiales de producción y la distribución de los medios de consumo entre los productores, de acuerdo con el principio de equivalencia, una cantidad de trabajo en una forma, por otra cantidad de trabajo en otra forma. Por tanto, se aplica una medida igual —trabajo—, haciendo una abstracción cuando los productores como personas son desiguales. Aquí es cuando el autor de *El capital* supone que ese derecho, supuestamente igual, es en verdad desigual, porque aplica una medida igual a lo que es desigual, concluyendo que es un derecho de la desigualdad y, por tanto, burgués. Basado en lo anterior es que Pashukanis (1976: XIII) realiza sus interpretaciones, a lo que responde el filósofo hispano-mexicano que realmente Marx sí reconoce cambios de formas y contenidos en el derecho socialista, pues considera que no debería haber desigualdades de clases, mas sí desigualdades en la distribución de los bienes de consumo de las personas.

Otra crítica importante a las teorías de estos dos autores soviéticos es el carácter nihilista del derecho que comporta para las sociedades que se encontraban en el proceso de construcción de un sistema socialista. Al negar la existencia de un derecho socialista se le resta importancia como parte del proceso de construcción de las supuestas nuevas sociedades, deslizando el balance a la concepción capitalista y dominadora del fenómeno jurídico. Ante esta realidad se invisibilizan las contradicciones sociojurídicas que pueden emerger durante este nuevo proceso social, pues todo tipo de problemas generados eran reminiscencias de las sociedades burguesas y no del propio sistema en construcción. El nihilismo jurídico también ha trascendido a las concepciones marxistas ortodoxas del derecho en países capitalistas. Así las cosas, si el derecho siempre va a ser capitalista, no podría usarse en la lucha contra el capital ni podría ser un instrumento de resistencia a la opresión.

El planteamiento de los juristas soviéticos, aunque muy relevante para el análisis del derecho en el capitalismo, presenta también una doble falacia: ante la propia teoría marxiana en la que se refleja múltiples veces que el fenómeno jurídico puede ser un instrumento de transformación social y no solo de dominación, y ante la praxis social, donde se demuestra, por ejemplo en América Latina, que el uso del derecho en las luchas sociales es un medio importante para la defensa de los derechos, como contén al capital ante el despojo de territorios, bienes comunes, etc., e incluso se pueden reconstruir jurisdicciones diferentes de las estatales a partir de las resistencias y las formas de vida alternas que se construyen, en contraposición a las impuestas globalmente por el capitalismo.

Hay que destacar que el pensamiento de estos autores ha tenido gran trascendencia en los estudios jurídicos marxistas de América Latina, reivindicándose estos como una fuente fundamental para la crítica del derecho en los países capitalistas⁶.

A pesar de sus aportes, las teorías de Stucka y Pashukanis no trascendieron del todo en la práctica jurídica y conceptual del marxismo soviético. No por las críticas ya vertidas, sino porque los juristas que vendrían posteriormente a los precursores del iusmarxismo soviético impusieron sus perspectivas reduccionistas del fenómeno jurídico desde el punto de vista político, incluso desacreditando políticamente a los autores en estudio y tildándolos de “traidores”, cuestión que a Pashukanis le costó la vida durante las purgas de los años treinta en la era soviética. Sus propios críticos ocuparon sus espacios académicos y propusieron una noción más política del derecho, la cual se comenta a continuación.

REDUCCIONISMO POLÍTICO DEL DERECHO

En la década de los treinta la doctrina jurídica del socialismo real dio un giro a lo que se ha denominado el voluntarismo político. El también llamado marxismo vulgar tiene a Andrey Vyshinsky como su mayor exponente. El fiscal general durante el estalinismo no solo fue funcionario, sino que impregnó la perspectiva de que el derecho es norma jurídica y está sujeto a la voluntad política sin condiciones, voluntad que emerge de la clase dominante y se representa en el poder estatal. El fenómeno jurídico es una expresión traducida de intereses económicos a intereses políticos y, por ende, a valores jurídicos. Estas nociones teóricas condujeron a la reducción de lo normativo a la pura voluntad estatal, simplificando el derecho mismo. Es clave la vuelta de tuerca que da esta teoría, pues hasta ahora los iusfilósofos previos no habían reparado con profundidad en las características esencialmente políticas y normativas del derecho, pasando el fenómeno jurídico de un reflejo y expresión de las relaciones económicas a una de las expresiones políticas fundamentales para construir el socialismo o para describir el comportamiento del capitalismo. La relevancia conceptual es de gran magnitud, por su incidencia en las concepciones teóricas posteriores iusmarxistas ortodoxas, aunque haya surgido en un momento y desde sujetos que convirtieron el derecho en el elemento fetichizado del poder, tras el concepto de que es “la voluntad de la clase erigida en ley”.

6 Para un estudio profundo sobre los autores soviéticos, en especial de Pashukanis, se puede mencionar a los colegas brasileños que realizan pensamiento jurídico crítico, como Alysson Leandro Mascaro y Silvio Luiz de Almeida.

Evidentemente, agarrados de una interpretación fragmentaria e intencionalmente literal de ese documento históricamente universal, el *Manifiesto del Partido Comunista*, los juristas hegemónicos soviéticos, entre los años treinta y cincuenta, hicieron y deshicieron con el derecho, usando recurrentemente un término abstracto/manipulador — “la conciencia jurídica socialista” —, como fundamento de la voluntad estatal que, a la vez, se planteaba como la expresión volitiva de la clase dominante, la cual sería la voluntad del pueblo trabajador, siendo también el pueblo un ente abstracto que se subsumía en la élite burocrática soviética. Manejaron así a su antojo normativas, decisiones administrativas y, de manera más grave, judiciales, vulnerando toda noción de una legalidad diferente, en cuanto realmente socialista.

Dicha doctrina expresaba contradicciones muy evidentes frente a lo que se postula desde una perspectiva marxista del derecho: el fenómeno jurídico como materialidad, expresándose entre tensiones dentro del proceso social. En este orden de ideas, proclamaban un uso político del derecho en el que los aspectos volitivos expresados como norma jurídica y aplicados en un ámbito ejecutivo o judicial no se dilucidaban materialmente: qué era esa voluntad, cómo se expresa entre los sujetos y con qué tipo de mecanismos, cómo se traducen los intereses económicos en políticos, cómo se desplazan estas dos esferas de la vida para con todo el fenómeno jurídico en sí, qué relación axiológica hay en todos estos procesos si se habla de intereses, etc. Esto tiene una relación muy clara con su defensa a ultranza de la formalidad jurídica, que llamaban socialista, y en su nombre hicieron y deshicieron de acuerdo con sus intereses, y se convirtieron en dignos representantes del normativismo formalista liberal del siglo XX: encubrir de formalidad los intereses de un grupo en el poder.

Otro elemento que vale la pena destacar tendría que ver con la defensa de la voluntad estatal erigida en ley que centró la noción del derecho como monismo jurídico estatal. Solo es el Estado el que produce y reproduce lo jurídico, a partir de aspectos volitivos homogéneos, unívocos, desde el cual no hay espacio a la contradicción ni a las resistencias en cualquier tipo de sociedad. El antagonismo no existe, todo está determinado por “la voluntad” convertida en norma jurídica irrevocable, que refleja intereses económicos mediante el poder político, el cual alegaban que era socialista y venía a ser reclamado por la dictadura del proletariado. Ni el liberalismo dominante moderno, como articulación política del capital, expone y actúa de tal manera; incluso, en aras de su legitimidad y hegemonía funcional para sus intereses económicos, intenta darle cierta autonomía al Estado, sacrificando a veces intereses menores dentro de las relaciones del capital,

y otorga espacios que son producto de los antagonismos, arrancados también desde las luchas sociales y las resistencias de grupos y comunidades.

El último aspecto relevante es la trascendencia del voluntarismo político clasista dentro del orden jurídico y la concepción de los derechos de las personas y grupos. Al ser esta voluntad la que fundamenta la legitimidad y legalidad de las normativas jurídicas, también delimita su ámbito interpretativo, generando un marco de subordinación total de la ciudadanía al Estado, por ser este el representante de la famosa voluntad de la clase dominante, cuando nunca se definió cómo construirla ni delimitarla. Esto provoca que los derechos se coordinen con los deberes, subordinando los primeros a los segundos, ya que lo previsto en las normas viene dado por decisión política, que es la voluntad del Estado, la cual debe acatarse y garantizarse. Se torna un círculo complejo entre voluntad estatal política, que se convierte en la razón de ser del derecho. Por tanto, genera una instrumentalización que somete y excluye a quien no se sujete a ella.

El dogmatismo, antidialéctico por esencia, configuró el camino de lo jurídico en estas doctrinas, aunque el hecho de vincular el derecho al Estado y la política es un gran avance interpretativo. El voluntarismo político no quedó aquí, estas concepciones tuvieron gran influencia en la bibliografía jurídica marxista posterior.

IUSMARXISMO ECLÉCTICO (POSESTALINISMO)

Estas teorías, que se construyeron entre los años cincuenta y la caída del campo socialista en los noventa, se nutren de todas las posiciones doctrinales previamente descritas; por tanto, se las ha denominado iusmarxismo ecléctico. El derecho en esta etapa se concibe como esencialmente socialista, incluso afirmando que la construcción jurídica marxista es lo que siempre se ha realizado desde el triunfo de la Revolución de Octubre, un derecho en positivo, un instrumento jurídico que colabore en el proceso de transformación de la sociedad en todas sus dimensiones, en particular económicas, base fundamental para el proceso de transición del capitalismo al socialismo, y consolidar así el desarrollo del comunismo posteriormente. Como es lógico, pensar en la construcción de lo jurídico como un *continuum* permitió no cuestionarse acerca de las conceptualizaciones y contradicciones que se dieron antes en las otras tradiciones del iusmarxismo descritas, lo cual provocó que se mezclaran las disímiles perspectivas. No obstante, habría que destacar que la crítica al derecho capitalista queda rezagada desde estas teorías porque predominan las nociones de pensar un derecho para la sociedad socialista, que si tiene condicionamientos

económicos serían desde relaciones de producción de esta clase, pues están convencidos de ubicarse en el proceso de construcción de este tipo de sociedad.

La producción teórica jurídica en esta etapa es vasta, y tiene cobijo en la denominada Academia de Ciencias de la URSS y la Editorial Progreso, cuyas obras arribaron a Cuba por la puerta grande durante todo el periodo revolucionario, en especial a partir de los años setenta.

Estas conceptualizaciones se caracterizaron por construir lo jurídico desde todas las ramas del derecho: teóricas, históricas, de derecho positivo, procesales, tales como derecho constitucional general y comparado, teoría del Estado y el derecho, historia del Estado y el derecho general y local, derecho civil (personas, familia, sucesiones, obligaciones, contratos, propiedad), penal (general y especial), procesales derivados de las anteriores, laboral, agrario, criminología, criminalística, administrativo, derecho internacional público y privado, derecho económico, comercial internacional, marítimo, entre algunas otras. Todas, con el postulado de estar elaborando una teoría socialista del fenómeno jurídico, como ya se ha mencionado.

Lo anterior implicó que las ramas teóricas, filosóficas e históricas estuvieran basadas en las categorías del marxismo clásico, es decir, desde una epistemología materialista histórica y dialéctica, reflejando las luchas de clases, sus contradicciones, siempre analizadas desde procesos históricos. En este sentido, el ámbito teórico del derecho y el Estado, incluido el constitucional, sus fuentes, relaciones, concepción de los sistemas jurídicos y ordenamientos jurídicos, tipos de estados e instituciones principales, están marcados por la materialidad, pensados desde la realidad social o a partir de historicidades y tensiones, lo mismo en los procesos de las ideas que en las estructuras económicas, políticas y sociales.

Ahora, desde el punto de vista del derecho positivo, los estudios fueron mucho más restringidos en cuanto a profundidad y amplitud; en su mayoría se convirtieron en diálogos entre la norma jurídica vigente y sus conceptos respectivos, sin romper la lógica normativista liberal del siglo XX. Sus simplezas llevarían a concluir que les faltaba un verdadero análisis marxista, como mínimo, incluso riqueza por contrastación con otras teorías críticas que fueron surgiendo a partir de los años sesenta. Se podría afirmar que a estos estudios les faltaban referencias a debates sobre teorías diversas, desde diferentes posiciones epistémicas, incluso en contrastación con las propias teorías dentro del positivismo liberal; tampoco existió un diálogo con el proceso histórico de construcción de la regulación normativa en análisis; es difícil encontrar debates con respecto a soluciones de casos como ejemplo de construcciones teóricas prácticas y sus dificultades,

mucho menos se hacen comentarios a las problemáticas de la realidad social local, regional o internacional en cuanto a lo establecido en las normas jurídicas. Es decir, las cuestiones teóricas relacionadas con las conocidas ramas del derecho positivo estaban circunscritas a lo ya regulado, sin mover un ápice de crítica ni comparación conceptual con la norma jurídica vigente. Aquí se quisiera profundizar en el punto de por qué los temas administrativos, penales, civiles, económicos, laborales, agrarios, comerciales, entre otros, no tenían como objetivo cuestionarse el derecho dentro de la realidad social, más aún tomando en cuenta que el marxismo requiere un análisis de totalidad social en la materialidad. La razón fundamental estaría en que el derecho ya era definitivo, ya se había elaborado en procesos legislativos con la participación en la discusión y aprobación respectiva por el pueblo o sus representantes; por tanto, sus instituciones, más que pensarlas y dinamizarlas desde la praxis sociopolítica, se quedaban en el ámbito del respeto al sistema de la legalidad socialista que se había construido y constituido como una de las mediaciones institucionales que guiaran las conductas y los valores para la nueva sociedad. Otra causa estaría en que el derecho en las sociedades del socialismo real no es la institución fundamental para realizar cambios sociales, ya que estos se inician y realizan desde los ámbitos políticos y estatales, de manera vertical y a veces horizontal, pero justamente el mecanismo jurídico no es la mediación para proponer o llevar a cabo transformaciones, como podría darse en algunos casos, dentro de los órdenes jurídicos liberales. Justamente la consecuencia del funcionamiento en general es la misma, un derecho positivo constituido como un dogma inamovible, de aplicación exegética, bajo el manto de la seguridad jurídica liberal o la legalidad revolucionaria socialista, según fuera el sistema político en cuestión.

Para culminar el análisis de los estudios referidos al derecho positivo, cabe destacar que los temas bancarios, financieros y fiscales no son objeto de investigación por las teorías jurídicas marxistas debido a que no se fundamentan en sus relaciones económicas internas ni externas⁷. Sin embargo, temas económicos y comerciales internacionales vinculados al Estado, o a los ámbitos de comercio regional de los países del socialismo real, sí se convirtieron en sendas ramas del

7 En el caso cubano, después de la caída del campo socialista en 1990, se comenzó a estudiar derecho financiero producto de los cambios económicos que vendrían en el país, sobre todo como resultado de la aprobación de leyes tributarias a partir de la inversión extranjera por empresas privadas y la apertura del trabajo privado individual nacional.

derecho, con sus respectivas investigaciones⁸. Además, el derecho internacional público sí tenía un gran contenido político, sobre todo por la confrontación capitalismo versus socialismo en el contexto de la Guerra Fría. Por último, hay que mencionar que la criminología y la criminalística, donde también se podían estudiar temas técnicos, como la medicina legal, tenían un contenido científico social relevante, que podría estar vinculado a la realidad social y los comportamientos criminógenos de la sociedad.

Respecto a la relación de estas teorías marxistas jurídicas con las tradiciones iusmarxistas ortodoxas previamente explicadas, se podría plantear que el iusmarxismo posestalinista es ecléctico, como ya se mencionó, ya que usa categorías del marxismo clásico pero también de los estudios previos, aunque sin enunciar ni realzar los segundos. Un ejemplo claro de este eclecticismo se puede ver en todos los procesos vinculados a la historia del Estado y el derecho, sus conceptos básicos se enmarcan en los procesos de lucha de clases y sus contradicciones sociales, mientras que el concepto del derecho se centra en que este es el “reflejo de la voluntad de la clase dominante erigida en ley” —concepto base del voluntarismo político—. En el caso cubano, se amplía mucho más y se trabaja también su carácter normativo, valorativo y social, en relación con la política y la economía, regulándose en las normas jurídicas resultados variables respecto de la famosa voluntad de la clase dominante, pues también se pueden reflejar las contradicciones de grupos y clases sociales. Además, para conceptualizar el derecho se dialoga con el derecho alternativo, sus usos críticos frente a la opresión del capital y el reconocimiento del pluralismo jurídico como la expresión de diversas juridicidades existentes, en concomitancia con el orden jurídico estatal (Fernández, 2001: 25).

El iusmarxismo ortodoxo ecléctico fue elaborado por un periodo de cuarenta años, si bien existen muchas cuestiones que se podrían obviar, como sus simplismos y reduccionismos respecto de su elaboración desde el marxismo clásico, por no utilizar otras vertientes del neomarxismo occidental durante el siglo XX, por malos usos de la técnica jurídica, por identificar Estado con pueblo y convertir los procesos de populares a estadocéntricos, por revelar historicidades lineales y evolutivas imposibles en la realidad social, por pensar la economía dentro de la propia lógica del capital mediante el desarrollo y el progreso, entre muchos otros fenómenos. Así mismo, se podría

8 Igualmente, para Cuba, después de los años noventa, las ramas del derecho como el derecho comercial internacional, vinculada completamente a la articulación del comercio entre países socialistas, fue transformando sus contenidos, vinculándose al derecho mercantil y adaptándose a los mercados nacionales e internacionales.

aseverar que hay otro tanto que hacer con estas teorías, como realizar estudios históricos en aras de dialogar los contextos internacionales en los cuales estas se insertaron, lo mismo de países y regiones que incluso ya no existen⁹, sus procesos jurídicos externos e internos, diferencias y similitudes. Además, la apuesta de los estudios sobre estos temas conllevaría retomar y resignificar categorías que podrían enriquecer y profundizar las teorías neomarxistas y críticas del derecho en la actualidad. Desperdiciar la experiencia del intento de construcción de una sociedad diferente a la capitalista durante un siglo, donde juristas y actores políticos se encontraban comprometidos con valores anticapitalistas, socialistas, dedicando su vida al desarrollo de otro pensamiento jurídico, desde eticidades de solidaridad, sociabilidad y humanismo, tendría un carácter antimarxista, puesto que sería obviar la propia historicidad jurídica como un elemento de construcción-deconstrucción de lo jurídico en el ámbito social.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Desde esta última reflexión se exponen ideas generales sobre los conceptos que se consideran rescatables del iusmarxismo ortodoxo ecléctico —iusmarxismos ortodoxos anteriores incluidos—, los cuales tuvieron más eco y estudios de rigor en el pensamiento jurídico cubano marxista hasta la actualidad. Su estudio, como ya se mencionó, puede aportar elementos y servir para profundizar aspectos en las teorías del derecho actuales a las que les interese pensar lo jurídico desde la materialidad.

Primero, el concepto del derecho que se ha explicado someramente. El derecho es un fenómeno normativo, valorativo y social que se fundamenta en un proceso relacional, de relaciones jurídicas emanadas de las sociales, con condicionamientos económicos y políticos, y por tanto, ideológicos, no neutrales, que se expresan de modo contextual, en un espacio y tiempo determinado. Las fuentes del derecho son las conocidas por todas las teorías jurídicas, enfatizando en las históricas y sociales, aunque dejando entrever que la ley es la fuente formal por excelencia. En este sentido, el concepto de relación jurídica, que fundamenta todo el fenómeno jurídico, es uno de los grandes aportes de estas teorías, relación que dinamiza el derecho como proceso y no como normativa estática, en cualquier ámbito, sea de

9 En este caso se hace referencia a que la propia URSS dejó de existir como país y algunas de sus repúblicas son países soberanos hoy. Similar situación tienen las antiguas Yugoslavia y Checoslovaquia, o también el análisis de las relaciones jurídicas económicas de todo el campo del socialismo real establecidas dentro del Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME), bloque creado para este tipo de relaciones.

creación, aplicación y también para la comprensión de las propias regulaciones vigentes. Se percibe así un derecho en movimiento, en el cual los factores sociales —políticos y económicos— son parte de todo ese proceso, haciendo que sus análisis estén inmersos en la totalidad social y no fragmentados, con un sentido crítico de la realidad, teniendo en cuenta no solo lo que ocurre de manera empírica, sino los valores que lo implican, esto es, una teleología jurídica, hasta dónde se puede y quiere llegar socialmente, y así, en qué puede colaborar el orden jurídico como espacio de postulados.

En todo este proceso tienen gran trascendencia los procesos valorativos que se reflejan como valores individuales, grupales y sociales, y que conforman un proceso formativo desde la conciencia individual y social que se transforma en jurídica. Por consiguiente, percibir al derecho no solo como un mecanismo de control, regulación y resolutor de conflictos de intereses, sino como ese instrumento educativo dentro de las dinámicas sociales, que puede constituirse en una herramienta para la construcción de la sociedad, como fin, al ser los ordenamientos jurídicos el espacio donde se recogen prescriptivamente el deber ser de la sociedad. En este orden de ideas, el derecho habría que mirarlo desde la materialidad dialéctica, siempre en su contextualización histórica (espacio temporal) para ser elaborado, pensado y analizado. En relación con estos conceptos básicos habría que pensar más en el principio de legalidad socialista que en el Estado de Derecho, teniendo en la mente un derecho en sentido amplio, no solo de subordinación y respeto al orden jurídico, de límites al poder estatal, sino donde la elaboración y aplicación de las normas jurídicas son procesos sociales, vinculados a la participación popular democrática, no únicamente a procesos burocráticos estatales o de representación política.

Otras categorías fundamentales se relacionan con temas constitucionales, como la estructuración y articulación de la relación política Estado-ciudadanía, que tiene dos momentos: la más relevante, surgida del mandato imperativo (mandante-mandatario), que a su vez se deriva hacia el principio de representación política (representado-representante). Si bien en la teoría jurídica marxista se realiza una mixtura producto de los estudios del derecho público romano, la tradición rousseauniana y el marxismo clásico que conciben la relación del poder político mediante el mandato imperativo, también se incorpora la noción de representación en cuanto a la funcionalidad del órgano estatal, aunque este representante tiene mecanismos de control como la rendición de cuentas periódica y la revocación de mandato, que se activaría ante una gestión política insatisfactoria según sus electores. Desde aquí se piensa el ejercicio del poder estatal

y su control mediante mecanismos de democracia de participación directa, preponderante en la representación electoral como principio de participación política. Es relevante que el fundamento de todo lo planteado tiene su núcleo en la soberanía popular que, al ser detenida por el pueblo únicamente, se expresa en el principio de unidad de poder (un solo poder, el pueblo), donde los poderes estatales se organizan funcionalmente y no como tripartición de poderes y sus respectivos pesos y contrapesos. Esta articulación es uno de los fundamentos para constituir el tipo de Estado socialista y sus respectivas formas de gobierno, haciendo hincapié en la organización estatal-gubernamental para un sistema que pretende ser socializado. El poder político se debe pensar, debatir y consolidar no como ejercicio de la representación política, separado de la comunidad política, sino que esta última como detentadora de tal poder, y mediante el mandato imperativo les otorga la *potestas* a los entes estatales para su ejercicio, siendo realmente democrático y popular, si se mantiene la imperatividad del mandato mediante el control de su ejercicio.

En cuanto a los derechos fundamentales, es relevante lo que se pensó en la subjetividad de los derechos y su correlación derecho-deber desde los sujetos unidos en forma teórico-práctica a los procesos de garantías o realización fáctica. Así, la idea de igualdad sustancial es un elemento fundamental para estos. También las nociones de derechos colectivos, desde el derecho de autodeterminación de los pueblos en el nivel jurídico internacional, y el reconocimiento de las identidades locales diversas en los países que así las tuvieran. A su vez, valorar y estudiar los derechos laborales y todas las relaciones jurídicas de este tipo en un contexto de socialización y no de explotación ni subordinación.

Relacionado a temas económicos vinculados a los derechos humanos también hay conceptos interesantes, como el de la propiedad personal como derecho fundamental, que constituye la esencia de la realización de las necesidades básicas y podría considerarse como el fundamento del cumplimiento o la forma de garantía fáctica de una parte de los derechos sociales. Los bienes de propiedad personal se obtienen de ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, se pueden establecer como medios e instrumentos de trabajo personal o familiar que no se deben utilizar para obtener ingresos de la explotación del trabajo ajeno. Además, son bienes derivados de todos los ingresos generados por tu trabajo que no impliquen la explotación de trabajo ajeno y son invertidos en cuestiones de uso personal como vivienda y todos sus enseres, vestido, alimentación y agua, transporte, cultura-ocio, y todo tipo de bienes que sirven para satisfacer las necesidades materiales y culturales de las personas. Estos tienen límites

en su proceso de disponibilidad; por ejemplo, son embargables hasta determinada cuantía legal y algunos no pueden ser enajenados, como fue el caso de la vivienda y el transporte personal¹⁰. La protección de dichos bienes se establece como si fueran derechos fundamentales, no se puede disponer de ellos, ya que son inherentes a la personalidad e imprescindibles para el desarrollo de esta y la satisfacción de las necesidades básicas.

Existen otros temas económicos fundamentales, desarrollados en los países del socialismo real, que hoy siguen teniendo un peso relevante en la manera de implementar formas de producción, distribución y apropiación de la riqueza mediante procesos colectivos o de mayor socialización. Por ejemplo, el principio económico de planificación, el cual implica mecanismos para la organización social de la economía, sus procesos productivos y de distribución, como la elaboración de presupuestos, la organización económica (instituciones, empresas, actores económicos públicos y privados) y sus articulaciones funcionales, todo atravesado por procesos centralizados o con participación mayoritaria de la población, en especial trabajadora, mediante procesos regulados o autogestionados, pero siempre de carácter colectivo. Este principio delimitaría un accionar económico contrario a dejar a la suerte del mercado y sus espontaneidades regidas por las leyes de la oferta-demanda, la satisfacción de las necesidades básicas de la población. También habría que revisar las múltiples formas de propiedad, entre ellas la estatal y la privada, y las colectivas o sociales como las cooperativas, los usufructos gratuitos y onerosos, etc., incluyendo los límites a la propiedad privada, para así debatir sobre cómo se establecieron estas formas de propiedad y su ejercicio (producción-distribución-apropiación) de la riqueza material, no solo teóricamente sino en la práctica, haciendo una revisión de sus caminos para cubrir las necesidades y también satisfacer los deseos de personas y colectivos, pues se vive tanto de lo básico como de ese bienestar que implica crecimiento espiritual y felicidad.

He aquí un panorama general de estudios que más que desperdiciar y seguir simplificando y desechando deberían profundizarse, resignificarse y abundarse para repensar las realidades. Primero, de sociedades diferentes de las capitalistas, como intenta ser la cubana, que desde sus cambios socioeconómicos actuales hacia relaciones sociales capitalistas, requiere de defensores y hacedores de marxismos jurídicos heterodoxos, no como conceptos férreos e inamovibles, sino

10 En el caso cubano, la disponibilidad de los bienes referidos como vivienda y transporte de propiedad personal ha sido modificada legalmente desde 2011, y hoy está sujeta al arbitrio del mercado.

como formas jurídicas que puedan dinamizarse desde los pensamientos críticos diversos, siempre que aporten en estos nuevos retos de la sociedad cubana contemporánea. Segundo, estos debates son certeros porque pueden aportar a grupos sociales que dentro del contexto del capital articulan otras formas de sociabilidad alternativa, anticapitalista y transformadora de las múltiples formas de opresión en las que se viven, y donde el derecho, como prescripción de ese deber ser, puede servir de guía para llevarlas a cabo .

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. 2004 *Marxismo y filosofía del derecho* (México: Ediciones Coyoacán).
- Cerroni, U. 1969 *Il pensiero giuridico sovietico* (Roma: Riuniti).
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio 2007 *Apuntes para una introducción filosófica del derecho* (México: Porrúa).
- Denisov, A. I. y Kirichenko, M. 1959 *Derecho constitucional soviético* (Moscú: Ediciones en Lenguas Extranjeras).
- Fernández, E. 2012 *Marxismo, democracia y derechos humanos* (México: Fontamara).
- Fernández Bulté, J. 2001 *Teoría de Estado y el Derecho* (La Habana: Félix Varela).
- Fernández Bulté, J. 2000 *Filosofía del Derecho* (La Habana: Félix Varela).
- Fernández Bulté, J. 1999 “Tras las pistas de la Revolución en 40 años de Derecho”, en *Revista Temas. Cultura, Ideología y Sociedad* (La Habana), Nos 16-17, octubre 1998-junio 1999.
- Fernández Estrada, J. A. 2014 *De Roma a América Latina. El tribuno del pueblo frente a la crisis de la República* (San Luis Potosí/ Aguascalientes: Maestría en Derechos Humanos de la UASLP, Cenejus).
- Fucito, F. 1999 *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condiciones sociales* (Buenos Aires: Universidad).
- Grigorian. L. y Dolgopopolov, V. 1975 *Fundamentos del derecho estatal soviético* (La Habana: Orbe/ICL).
- Guanche Zaldívar, J. C. 2007 *En el borde de todo. El hoy y el mañana de la Revolución Cubana* (Bogotá: Ocean Press).
- Guanche Zaldívar, J. C. 2008 *El continente de lo posible. Un examen sobre la condición revolucionaria* (La Habana: ICIC Juan Marinello/Ruth Casa Editorial).
- Hernández Gil, A. 1970 *Marxismo y positivismo lógico. Sus dimensiones jurídicas* (Madrid: Rivadeneyra).
- Ioffe, O. S. 1960 *Derecho civil soviético* (México: Imprenta Universitaria).

- IIDH y UNJC 1997 *Seminarios sobre derechos humanos*. La Habana, 30 y 31 de mayo, 1.º de junio de 1996, San José, Costa Rica (La Habana: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Unión Nacional de Juristas de Cuba).
- Mednikov, V. 1988 *Teoría, Estado y derecho* (Moscú: Progreso).
- Pashukanis, E. B. 1976 *La teoría general del derecho y el marxismo* (México: Grijalbo).
- Peraza Chapeau, J. 2000 “La ciudadanía cubana”, en Prieto Valdés, Martha y Lissette Pérez Hernández (comps.). *Temas de derecho constitucional cubano* (La Habana: Félix Varela).
- Prieto Valdés, M. y Pérez Hernández, L. (comps.) 2000 *Temas de derecho constitucional cubano* (La Habana: Félix Varela).
- Stucka, P. I., Pashukanis, E. B., Vysinskij, A. J. y Strogovic, M. 1972. *Teorie sovietiche del diritto* (Milán: Giuffrè).
- Stucka, P. I. 1977 *La función revolucionaria del derecho y del Estado* (México: Siglo XXI).
- Vega Vega, J. 1988 *Derecho constitucional revolucionario en Cuba* (La Habana: Ciencias Sociales).
- Yavich, L. S. 1985 *Teoría general del derecho* (México: Nuestro Tiempo).
- Zhidkov, O. 1989 *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el derecho* (La Habana: s/e) vol. 2.

FETICHISMO, ESTADO Y DERECHO

Beatriz Rajland*

PRE-INTRODUCCIÓN

En junio de 2017, se cumplieron 150 años de la publicación del primer tomo de *El capital* de Carlos Marx, que constituyó y constituye una revolución en el campo de la economía política, y en general en el de la teoría social. Es, sin duda, la obra que formula el análisis científico de la sociedad capitalista, y en consecuencia la crítica al capitalismo, así como la base explicativa del origen del excedente económico en el capitalismo y fundamenta la necesidad de la revolución proletaria (Gambina, 2017).

A lo largo de la obra, Marx va develando la relación entre obreros y capitalistas, que se presenta como una relación entre individuos propietarios iguales –en realidad, supuestamente iguales: unos propietarios de la fuerza de trabajo, los otros, propietarios del capital. Marx también describe la forma salario que encubre la apropiación, justamente, del trabajo de la clase obrera por el capital: la *plusvalía*, punto clave de un régimen de acumulación: el capitalista, que reproduce constantemente burgueses cada vez más poderosos y

* Doctora en Derecho Político por la Universidad de Buenos Aires, Profesora Titular de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho (UBA), vice-presidenta de la Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas (FISyP).

proletarios cada vez más numerosos. Pero, la labor de Marx no es, ni lo era a la época de la publicación del tomo I de *El Capital*, sólo teoría, es conjunción de teoría y práctica.

Cincuenta años después: la revolución proletaria en marcha, se materializa en la Revolución de Octubre, se alza en Rusia la revolución socialista con la consigna de ¡Todo el poder a los soviets!, y con ella, los obreros, campesinos y soldados, bajo la dirección de los bolcheviques, tomaron el Palacio de Invierno.

Ineludible recordar la obra de Lenin, sobre El Estado y la Revolución de la cual Álvaro García Linera dijera en una conferencia que representa el desarrollo por Lenin, de una nueva ciencia política y lo compara con el valor que en su tiempo representó Maquiavelo, pero con una característica específica, que la hace revolucionaria: una ciencia política no descriptiva, sino respondiendo a la tesis XI de Marx (1975), acerca de que al mundo no sólo hay que interpretarlo sino transformarlo, una ciencia política afanada en ganar el poder. La Revolución Rusa fue el ejemplo de la teoría y la acción mancomunadas en la Revolución.

Al emprender la toma del *cielo por asalto*, los bolcheviques se propusieron que la revolución tuviera como horizonte inmediato el socialismo, que liberara a los explotados y explotadas, que fuera el resultado de la acción colectiva y asociada de todos y todas y por ello inmensamente democrática. Pero no democracia de ficción como la llamada democracia burguesa, sino auténticamente democrática en el sentido lato del concepto. Solidaria con los explotados de todo el mundo, con los pueblos en la lucha contra el capitalismo.

Sin duda, la aparición de *El capital* y la gesta de la Revolución Rusa son los dos acontecimientos más relevantes en la transformación de la realidad teórica, política, social y cultural de la sociedad contemporánea, y del siglo XX en particular. En el horizonte del imaginario social de nuestro tiempo, se vislumbró el socialismo como posibilidad de realidad frente al capitalismo. Ese imaginario aun con derrotas, sigue estando más actual que nunca, más necesario que nunca.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo, la propuesta es abordar un tema específico que se vincula justamente con lo formulado en *El capital*. Se trata del *fetichismo*, relacionando el fetichismo de la mercancía tratado por Marx, con el fetichismo respecto al Estado y al Derecho.

En *El capital* Marx sostiene que: “el carácter místico de la mercancía (en adelante M-aclaración de la autora) no brota de su *valor de uso*. Pero tampoco brota del contenido de sus determinaciones de *valor*”. (Marx, 1966:37).

El carácter místico de la M procede de la misma forma de la M ya que en la M:

la igualdad de los trabajos humanos asume la forma material de una objetivación igual de valor de los productos del trabajo, el grado en que se gaste la fuerza humana de trabajo, medido por el tiempo de su duración, reviste la forma de magnitud de valor de los productos del trabajo y, finalmente, las relaciones entre unos y otros productores, relaciones en que se traduce la función social de sus trabajos, cobran la forma de una relación social entre los propios productos de su trabajo [...] El carácter misterioso de la forma M estriba, por tanto, pura y simplemente en que proyecta ante los hombres el carácter social del trabajo de éstos como si fuese un carácter material de los propios productos de su trabajo, un don natural social de estos objetos y como si, por tanto, la relación social que media entre los productores y el trabajo colectivo de la sociedad fuese una relación social establecida entre los mismos objetos, al margen de sus productores (Marx, 1966:37).

Esto es lo que convierte a los productos del trabajo en M. Es como si las M estuvieran dotadas de vida propia. A eso llama Marx *fetichismo*, que es inseparable del modo capitalista de producción, y que responde al carácter social genuino y peculiar del trabajo productor de M.

Las formas que convierten a los productos del trabajo en M y que, como es natural, presuponen la circulación de éstas, poseen ya la firmeza de formas naturales de la vida social, son consideradas inmutables.

La forma M es la forma más general y rudimentaria de la producción burguesa. Resumiendo y en palabras de Marx: “lo que aquí reviste, a los ojos de los hombres, la forma fantasmagórica de una relación entre objetos materiales no es más que una relación social concreta establecida entre los mismos hombres” (Marx, 1966:38).

FETICHISMO

FETICHISMO Y ESTADO

Podríamos decir que lo que constituye el efecto central de la concepción marxista en relación al Estado, es que conduce a la “desmistificación” del Estado.

Más de una vez hemos desarrollado y hace falta insistir para contextualizar lo que sigue, que el Estado surgió del seno de la sociedad, pero se fue colocando por “encima” de ella, o mejor dicho, “como si” estuviera por “encima” de ella, en un espacio aparte con pretensión de “árbitro neutral”. Eso es lo que le permite enmascararse tras la

formulación de la voluntad general, el bien común, o el interés general. Decimos enmascararse, porque en una sociedad dividida en clases, los intereses, “el bien”, o la voluntad, nunca son generales, siempre son de una parcialidad, de una clase. Es justamente una ficción que mistifica, que naturaliza una mirada falsa, porque oculta el carácter de clase de todo Estado (Rajland, 2012: 255 y ss.)

Ralph Miliband, analizando la *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel* (1843), considera que el “centro de la crítica de Marx a la concepción del Estado de Hegel es que éste, mientras que advierte acertadamente la separación de Estado y sociedad civil, afirma su reconciliación en el Estado mismo” (Miliband, 1969: 52). Y también, que: “en último término, el Estado de Hegel, lejos de estar por encima de los intereses privados y de representar el interés general, se halla subordinado, de hecho, a la propiedad privada. ¿Cuál es –pregunta Marx– el poder del Estado sobre la propiedad privada? El Estado solamente se hace la ilusión de ser determinante, mientras que, en realidad, es determinado” (Miliband, *ibídem*).

Justamente, uno de los aportes más relevantes del marxismo respecto al Estado es que éste es reconducido por la tradición marxista a una morada historizada y socializada. Ello implica una postura teórica que *observa*, que coloca, por detrás del *fetichismo* reificador, el carácter de relación social específica, que da aliento al Estado, en cuanto lo vincula con la reproducción del conjunto del sistema social.

El propio aparato del Estado está atravesado por los procesos sociales, y posee una autonomía -si bien relativa- que le permite retroactuar sobre la sociedad y no sólo reflejarlas relaciones que se traban en el seno de aquélla, así como desarrollar procesos cuya lógica se desenvuelve al interior del propio aparato estatal.

Esto es posible porque si bien el Estado capitalista es producto del capital como relación social en sentido histórico, al mismo tiempo, es un espacio de lucha disputado por las clases subalternas. La mayor o menor lucha desarrollada deviene en conquistas más o menos importantes, aunque nunca de carácter rupturista con el sistema dominante si se desarrollan a su interior.

La defensa de la autonomía del Estado, o más acertadamente autonomía relativa al decir de Gramsci (1984), en la tradición derivada de Marx (2003), significa ir al rescate del vínculo existente entre el Estado y las relaciones de producción capitalistas, con las características de un Estado, ampliado que le son propias en el siglo XX.

De lo dicho surge que el Estado no tiene un *rol*, sino que más bien lo cumple, claro está que no en forma automática (meramente “instrumental”). Nos referimos a que al ser el Estado una expresión o resultante de la dominación de clase, su pretendido *rol* no es

producto de su autonomismo, -el alcance de su autonomía, reiteramos, es relativo-, sino que en su esencia representa los intereses de esa clase dominante. Es decir, concebir que posee un rol representa una ficción más, la de que el Estado es totalmente autónomo, de esa manera lo naturaliza y esa naturalización es expresión de su fetichización.

El Estado es, por tanto, un lugar de la lucha de clases, un sitio de disputa, de disputa total que se expresa cabalmente en el concepto complejo de ‘tomar el poder’ pero también es objeto de disputas parciales las que a veces obtienen éxitos relativos y otras terminan con derrotas. El resultado de esas luchas se traducirá en los distintos grados de avance o construcción de contrapoder por parte de las clases subalternas, o por lo menos, de fisuras en los intersticios del poder (Rajland, 2015: 87).

OTRA CARA DE LA MISTIFICACIÓN. FETICHISMO Y DERECHO

Recordemos que en el “Prólogo” a la *Contribución a la crítica de la economía política*, Marx se refiere a la relación del derecho con “las condiciones materiales de la vida”. Dice:

tanto las relaciones jurídicas como las formas de Estado, no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución del espíritu humano, sino que, por el contrario, tienen sus raíces en las condiciones materiales de vida (Marx, 1970: 8).

Marx debate con aquellos que ven al derecho como una ilusión jurídica, al derecho como mera voluntad. Y en la *Crítica del Programa de Gotha*, se pregunta:

¿No afirman los burgueses que el reparto actual es “equitativo”? Y ¿no es éste, en efecto, el único reparto “equitativo” que cabe, sobre la base del modo actual de producción? ¿Acaso las relaciones económicas son reguladas por los conceptos jurídicos? ¿No surgen, por el contrario, las relaciones jurídicas de las relaciones económicas? (Marx, 1973:422).

Luego precisa:

El derecho no puede ser nunca superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionado [...] se tergiversa la concepción realista –que tanto esfuerzo ha costado inculcar al Partido, pero que hoy está ya enraizada– con patrañas ideológicas, jurídicas y de otro género, tan en boga entre los demócratas y los socialistas franceses (Marx, 1973:425).

Remitiéndose a Marx, Lenin consigna en *El Estado y la revolución* que “nos hallamos efectivamente, ante un derecho igual, pero es todavía un derecho burgués que como todo derecho presupone la desigualdad” (refiriéndose a las primeras etapas de tránsito al socialismo) (Lenin, 2017: 175).

Al igual que lo que dijimos del Estado, el derecho es territorio en disputa, es terreno de la lucha de clases. Y a diario tenemos ejemplos de ello. Justamente, esta consideración hace parte de la visión no dogmática del derecho. Las determinaciones de las relaciones de producción son sólo en última instancia, pero hay un espacio para cierto ejercicio de autonomía respecto a ellas y en todo caso una interacción (Rajland, 2016: 91).

El tema es el conjunto de la formación económico-social, el capitalismo, no las relaciones económicas exclusivamente. Es la cultura y la práctica del capitalismo para su sobrevivencia y desarrollo (Rajland, 2016: 92).

El positivismo jurídico, sabemos, es la expresión máxima del derecho burgués, explica la relación social por el derecho y no a la inversa. A título de ejemplo, recordemos que es como si el contrato de trabajo resultara sólo del derecho laboral y no fuera esencialmente constituido por la relación económica entre capitalista y trabajador. O el salario como la retribución del trabajo y no –escasamente– de la fuerza de trabajo. Ello es la concatenación lógica de la construcción liberal con el objeto de dar legitimidad a la dominación del capital.

En efecto, el tránsito del feudalismo al capitalismo, entrañó también la necesidad de legitimar la dominación en situación de secularización social y política. La presencia, el desarrollo de las leyes, de un plexo jurídico, en la época significó un avance revolucionario, frente a la arbitrariedad absolutista. Sin embargo, se edificó sobre la base de una ficción, la de la afirmación no de la igualdad, sino de la igualdad jurídica, la igualdad ante la ley. Ello constituía y constituye obligatoriamente la base indispensable para el desarrollo del capital, la de una sociedad contractual, que necesita del contrato (o sea de la ficción de igualdad entre las partes) para el intercambio y la extracción de plusvalor.

En el mismo sentido legitimante del sistema capitalista se ubican las afirmaciones de carácter universalistas respecto de los contenidos normativos y las invocaciones a la democracia –limitada a la llamada representativa– dentro de los valores propios de la burguesía). ¡He aquí la ficción, he ahí la fetichización!

De la mano del derecho, el ropaje lingüístico que nos habla del sujeto libre e igual del intercambio, vela la realidad del sujeto de la

dominación que no es ni libre ni igual. El derecho opera como argumentación encubridora de la explotación del capital sobre el trabajo, y de su complemento patriarcal.

La famosa garantía de igualdad proclamada “y sus afirmaciones igualitarias recubren, ocultan, la profunda desigualdad de los individuos y de las clases, su antagonismo; desarma mediante las ilusiones que origina, el recurso a la fuerza, que es la única que lo determina y lo decide” (Weyl y Weyl, 1978:11).

Ese velo genera ideología de aceptación social, genera consenso en distintos grados, pero el necesario y suficiente para el ejercicio de la hegemonía por parte de las clases dominantes. Y cuando esa ideología comienza a resquebrajarse, cuando el velo comienza a descorrerse y aparece claramente el sentido y significado de esa hegemonía, queda el recurso propio de la aplicación del derecho por el poder del Estado: la coacción. El pleno funcionamiento del monopolio de la fuerza por parte del Estado, su ejecutor.

Ahora bien, para que el resquebrajamiento sea una realidad, es necesario destruir la creencia de las masas en las *bondades* del derecho burgués que se ha inculcado como ideología. En la creencia del carácter democrático de sus fuentes de construcción. En pocas palabras, hay que invertir el sentido de las creencias que alimentan el famoso *sentido común*. Es necesario transformar la confianza en las falsas creencias en descrédito de las mismas, a través de la toma de conciencia de su contenido y significado real. En este sentido, entiendo que el marxismo es el fundamento teórico base para desarrollar ese descrédito, esa desconfianza, ese develamiento.

Y en la medida que esa desconfianza se transforma en certeza es que la clase subalterna interviene resistiendo, modificando, imponiendo, pero aun limitada - sino se plantea la ruptura revolucionaria-, a que ello ocurra dentro del orden capitalista, o sea a simples reformas no estructurales. El derecho laboral siempre es el ejemplo más claro. Defendemos los derechos de los trabajadores, los trabajadores luchan por ellos, pero, para que no se conviertan en un fetiche, en ‘canto de sirena’, es imprescindible tener conciencia de que esos son derechos conquistados dentro de la dominación burguesa, obtenidos dentro de la legislación burguesa. Son muy importantes, pero claramente no constituyen emancipación de la explotación.

Una pregunta fundamental a formular y esclarecer en ese camino de la inversión del significado del derecho, es interrogarse acerca de quién formula el derecho, quien establece que *ese* es el derecho. ¿Cuál es su fundamento? ¿El haber sido elegido/a cómo representante? ¿La representación política liberal, manipulada por la clase dominante? Finalmente, hay que preguntarse qué valores e intereses representan.

Habitualmente se suele decir que el derecho es del más fuerte. Pero ¿qué quiere decir: el más fuerte? ¿El que es más hábil, en especial en aquello de qué hecha la ley, hecha la trampa, porque la mistificación lo admite? o ¿el que puede aplicar más violencia directa porque detenta el poder del Estado? ¡Esa es otra de las muestras del fetichismo en el derecho!

Las relaciones jurídicas, según venimos desarrollando, son inherentes a una sociedad de clases. Sin embargo, en el camino a la liberación, sí nos interesa la disputa de sentido, la obtención de derechos.

La conclusión sobre este tópico, sería: ¡luchar para conquistar nuevos derechos y utilizar los derechos conquistados para fortalecer, ayudar a la realización de nuevas luchas hacia la definitiva emancipación económica, social, política y cultural!

Sin embargo, insistiré una vez más en la necesidad de tener claro, que sólo en los procesos de cambio estructural, se pueden profundizar la conquista de derechos objetivos y subjetivos, cambiarlos de signo clasista.

DOS CASOS DE FETICHISMO Y DERECHO

LA RELACIÓN PODER CONSTITUYENTE-PODER CONSTITUIDO

Hay que tener en cuenta que tradicionalmente el esquema dominante liberal, ha sido el de fragmentar el poder constituyente¹ del poder constituido² o instituido.

¿Por qué afirmamos que el esquema tradicional, o sea el liberal, fragmenta ambos términos de la relación? Porque el mecanismo de la concepción liberal, que proclama la soberanía del pueblo, rápidamente la anula o la empequeñece toda vez que estatuido el poder constituido, el poder constituyente desaparece como tal, ya que es absorbido *naturalmente* en la maquinaria de la representación política activada periódicamente de acuerdo a la agenda no ya del soberano (el pueblo ejerciendo el poder constituyente), sino del poder “instituido” (el gobierno).

Es decir que el Poder Constituyente que instituye el poder “constituido” en su origen, luego cede su poder a los “representantes”³. Así, lo

1 Entendido como el poder emanado de la “soberanía del pueblo”, que sienta las bases de un Estado y una sociedad, tanto a nivel de valores como de institucionalización.

2 Entendido como la institucionalización determinada por el poder constituyente, a nivel de gobierno y su funcionamiento, así como la efectivización de la gestión, que se supone debe ser ajustada a los valores también fijados por el poder constituyente.

3 Claro que todo esto parte de una primera ficción que es la que encierra la categoría de “ciudadano”, que supone hacer a los hombres y mujeres libres e iguales, cuan-

que comenzó siendo revolucionario porque de la soberanía en manos del Rey se pasó al concepto de la soberanía del pueblo, se fue convirtiendo en conservador de la mano de las elites burguesas que, manteniendo la Constitución como norma jurídica fundamental, dejaron de lado el concepto material de Constitución (Martínez Dalmau, 2010). Resumiendo, a esto que hemos descripto se suele reducir el poder constituyente en la denominada democracia liberal burguesa.

Abordar procesos reales de cambio en el momento de su consolidación, supone transformaciones de paradigmas o la necesidad de desarrollar nuevos paradigmas en la relación poder constituyente-poder constituido superadores de las limitaciones que esa relación ha mostrado históricamente o, mejor dicho, de las limitaciones que las manipulaciones sobre esa relación han provocado

Desde una concepción revolucionaria del poder constituyente, habría que considerar que la soberanía que reside en el pueblo ejerce dicho poder, pero que ese poder no tiene fin, y a diferencia de lo que plantea la concepción liberal, no desaparece. El pueblo no es reemplazado por los representantes (institución que persiste, pero de la que se pretenden otros contenidos y control por parte de los representados), sino que participa constantemente en la política, en las decisiones, se organiza para ello, y por tanto el ejercicio de la soberanía no es periódico sino permanente, cotidiano.

El proceso constituyente, entonces, no termina con la elaboración de la Constitución, con la creación del poder constituido, no tiene límites temporales ni de aplicación, porque se entiende que sólo el poder constituyente originario puede impulsar los cambios de fondo, estructurales, que no pueden depender del poder constituido. Claro que adopta otras formas, pero la base siempre es el ejercicio del poder popular, de la representación democrática, como alternativa a la llamada democracia representativa, limitada prácticamente a lo electoral, y que al constreñir la igualdad a la igualdad jurídica o igualdad ante la ley oculta las verdaderas desigualdades sociales. Se trata de construir esa otra forma de la representación democrática, íntima y necesariamente ligada a la participación del soberano: el pueblo, única manera de salir de la eterna crisis de la representación política liberal.

do en el mejor de los casos los hace iguales, pero sólo ante la ley. No es de despreciar esta "adquisición" de la modernidad frente al poder omnímodo del absolutismo, pero lo que señalamos es que al implicar una ficción, oculta su significado de protección o justificación de las bases de funcionamiento del capitalismo como sistema y no de los hombres y mujeres que lo transitan. Es por eso, que esa forma de representación política, se vuelve cada vez más retórica, y por tanto deriva en su propia crisis, y más allá, en una crisis política. De ahí que se haga necesario pensar en nuevas formas de representación, fundamentalmente participativas, que superen esa ficción.

GLOBALIZACIÓN Y DERECHO

Las revoluciones burguesas limitaron el derecho al ámbito territorial de un Estado, incluyendo la conquista de otros territorios sometidos a la colonización. Hoy en épocas de globalización capitalista, el derecho trasciende esas fronteras, se impone al interior de los Estados el derecho del poder internacional, de las empresas multinacionales, la jurisdicción de los países centrales, el sometimiento a sus intereses, una nueva forma de colonización como parte de la estrategia de expansión imperialista. Me referiré a algunas cuestiones sobre la promoción e impulso –particularmente referidos a la región de América Latina y el Caribe- de los Tratados de Libre Comercio multi (TLC) o bilaterales (TBI), según cuadro. Estos casos muestran de la transnacionalización del derecho; de un derecho globalizado, dentro de la globalización capitalista.

Estos tratados se vinculan especialmente a las inversiones y a la circulación de mercancías. Se conciben como acuerdos que otorgan el marco legal de una *seguridad jurídica y económica* para los intereses económicos de las empresas multinacionales, y de los propios Estados que las cobijan –tanto de los Estados Unidos como de Europa- y que operan en la región, aunque intenten presentarlos como tratos entre iguales y en beneficio mutuo. Es la elaboración de una juridicidad acorde con la *juridicidad unilateral* que fuera establecida ya, por la denominada “doctrina Bush” de la guerra infinita.⁴ Es también una guerra de mercados o una competencia intra-capitalista, hoy ejemplificada en el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (AATP) o en el Tratado Unión Europea-Mercosur.

Está claro, entonces, que los beneficiarios del libre comercio, con reducción o eliminación de aranceles, son: las economías capitalistas más concentradas, la de los países centrales. ¿Y quiénes son los perjudicados? Los países subdesarrollados, periféricos. Porque no puede haber niveles de competencia o complementariedad entre ambos actores, en cuanto a productividad, niveles de industrialización y tecnología.

Ya en épocas de promoción del frustrado ALCA, decía el Secretario de Estado de los EE. UU. Colin Powell, que: “nuestro objetivo es garantizar para las empresas norteamericanas el control de un territorio que se extiende desde el Ártico hasta la Antártida y el libre acceso sin ninguna clase de obstáculo de nuestros productos, servicios, tecnologías y capitales” (Boron, 2002). Estas palabras nos eximen de explicaciones más exhaustivas.

4 Decimos denominada porque en realidad no le pertenece, sino que es la doctrina de los sectores hegemónicos de los EE.UU.

LOS TLC Y TBI Y LA SOBERANÍA

Dos de las cuestiones más importantes relativas a la afectación profunda de soberanía de los TLC y los TBI son:

- a) el hecho de que establecen “extraña” jurisdicción o jurisdicción supranacional para el tratamiento de las cuestiones litigiosas, sea el CIADI, o los tribunales de Nueva York o Londres, y
- b) que los inversionistas privados, las corporaciones, pueden llevar a juicio a los Estados (siempre ante los tribunales de jurisdicción distinta de la propia de los países periféricos), entre otras cosas, por presunto monopolio de actividades ejecutadas por el Estado y consideradas competitivas con esas empresas. Actividades entre las cuales, se consideran las relativas a salud (hospitales públicos) y educación (escuelas y universidades públicas) reivindicadas por los pueblos como de responsabilidad del Estado, en cuanto a que debe asegurar su suministro para todos, incluso aunque se permitiere, -como es la realidad-, la existencia de empresas de salud y educación privada.

A partir del triunfo de Donald Trump en las elecciones estadounidenses, y de sus declaraciones sobre la promoción o no de los Tratados de Libre Comercio (incluyendo el tratado con la UE y el del Pacífico), y de apoyo al proteccionismo ante la profunda crisis que sacude al imperio norteamericano, flota el interrogante, acerca de si ello significaría el abandono de dicha política.

Es cierto que habrá que ver en la práctica qué queda de ese discurso, pero hay que considerar que siendo Trump una variante del propio sistema capitalista, incluido un mayor acento en la xenofobia, el racismo y la homofobia, cualquier cambio no podrá salir de los márgenes estructurales del sistema, ni es esperable que le será facilitado nada que conspire contra las políticas neoliberales del capital transnacional. Pareciera que la estrategia fundamental pasaría a ser la de los TBI. En cierta forma, les resultan más concretos, sustanciales, controlables, efectivos y rentables que los multilaterales. El manejo es más directo, relativizan los “peligros” de las protestas populares de un país que repercute en otro de los socios del multilateralismo. Han hecho la experiencia.

Siempre han convivido en los países centrales el proteccionismo hacia adentro, con el libre comercio, el librecambismo como política de sujeción hacia la periferia.

En oposición a la concepción de que en esta etapa de globalización capitalista no es posible diferenciarse enfrentando las estrategias del imperio, puesto que habría desaparecido el Estado-nación,

consideramos, -y de lo desarrollado hasta aquí puede inferirse- que el Estado-nación está en crisis, pero no muerto, en todo caso refuncionalizado. Su función disciplinadora e institucional, rige a pleno y sobre todo en los países centrales.

No hay una pérdida de identidad frente a un abstracto capital global -aunque se trate de mostrar de esa manera- ficcionalizando por la fetichización del concepto de globalización sin calificativo, es decir sin identificación sistémica.

EN CONCLUSIÓN

Como ya lo he expresado, el aparato de poder político no realiza sus funciones y objetivos mediante la aplicación directa, pura y simple de su capacidad de violencia. Más bien, utiliza directivas para la acción de los miembros de la sociedad, y en lo tocante a lo reglamentado por estas directivas reserva en principio el uso de la fuerza para los casos de incumplimiento. Estas directivas o normas son el derecho (Rajland, 2016).

Tomamos el derecho como objeto en el capitalismo, para que las resistencias y las luchas obtengan modificaciones coyunturales que mejoran la vida cotidiana pero que, como ya afirmamos, no significan la emancipación. Es en el tránsito emancipatorio que asumimos la posibilidad de construir un derecho contra-hegemónico. Ello exige participación popular integral, responsable, que abarque decisiones, proyectos, conducción. Y exige desnaturalizar lo que la manipulación ideológica y política ha hecho aparecer en el sentido común como natural: el capitalismo, la explotación, la pobreza, la desigualdad. La construcción social de sujetos y subjetividades anti-capitalistas reclama la destrucción de los fetiches impuestos por el capital.

BIBLIOGRAFÍA

- Boron, A. 2002, "*Martí y el expansionismo norteamericano de ayer y de hoy*", en el seminario No al ALCA, No a la guerra (publicado en <http://fisyp.rcc.com.ar>).
- Gambina, J. C. 2017 Mercantilización y explotación creciente en la lógica de El Capital. La necesaria des-mercantilización y cooperación social para la producción en *Revista Periferias* (Buenos Aires: Ediciones FISYP) Año 26, N° 25.
- Gramsci, A. 1984 *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado Moderno* (Buenos Aires: Nueva Visión).
- Lenin, W. 2017 *El Estado y la revolución* (Buenos Aires: Edición Centenario).
- Martínez Dalmau, R. 2010, *Un nuevo constitucionalismo en América Latina*, Conferencia dada en ATE (Asociación de Trabajadores

- del Estado, Capital el 16 de agosto de 2010. (Buenos Aires: Ediciones ATE).
- Marx, C. 1966 *El Capital, T.I*, (México: Fondo de Cultura Económica).
- Marx, C. 1970 *Contribución a la Crítica de la Economía Política*, (Buenos Aires: Editorial Estudio).
- Marx, C. 1973 Crítica al Programa de Gotha en *Marx-Engels. Obras escogidas* (Buenos Aires: Editorial Ciencias del Hombre).
- Marx, C. 1975 Tesis sobre Feuerbach, Apéndice en Engels, Federico, *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*, (Buenos Aires: Anteo).
- Marx, C. 2003 *El 18 Brumario de Luis Bonaparte* (Buenos Aires: Prometeo).
- Miliband, R. 1969 Marx y el Estado en Cerroni Umberto *et al*, *Marx, el Derecho y el Estado*. (Barcelona: Editorial OIKOS-TAU).
- Rajland, B. 2012 El estado del Estado en la Argentina después de 2001. Continuidades y rupturas en Thwaites Rey, Mabel (Editora) *El Estado en América Latina: Continuidades y rupturas* (Santiago de Chile: Editorial ARCIS-CLACSO).
- Rajland, B. 2015 El estado del Estado en Nuestra América. Continuidades y rupturas en Wolkmer, Carlos Antonio y Fernandez M. Lixa, Ivone (orgs) *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina* (Aguas Calientes/Florianopolis: Ediciones Centro de Estudios Jurídicos y Sociales MIsPAT-NEPE-Universidad Federal de Santa Catarina-UFSC).
- Rajland, B. 2016 La relación Estado-derecho desde el pensamiento crítico en Rajland Beatriz y Benente Mauro (coordinadores) *El derecho y el Estado. Procesos políticos y constituyentes en Nuestra América*, (Buenos Aires: Ediciones FISYP-CLACSO).
- Weyl, M. y Weyl, R. 1978 *Revolución y perspectivas del derecho*, (México: Grijalbo).

ALGUNAS APROXIMACIONES A LA RELACIÓN ENTRE MARXISMO Y DERECHO

Napoleón Rosario Conde Gaxiola*

INTRODUCCIÓN

En las notas que se presentan a continuación, se harán algunas conexiones entre los saberes jurídicos y la perspectiva marxista; es decir, se establecerán enlaces concretos entre la ciencia del derecho y el materialismo histórico y dialéctico. El objetivo es elaborar un análisis del derecho desde el horizonte de la teoría crítica, tomando como paradigma la interpretación del cuestionamiento de la economía política, tal como la ha elaborado Carlos Marx.

En ese camino, se entiende el derecho desde la perspectiva de la forma social, en la que lo fundamental es la forma jurídica, que es un retrato de la forma mercantil, pues emerge de las relaciones sociales de producción del capitalismo.

Por marxismo se comprende el conjunto de ideas, interpretaciones y transformaciones construidas por Carlos Marx, Federico Engels y Vladimir Lenin, al igual que algunos desarrollos más recientes, como los trabajos de Alysson Leandro Mascaro (2015) y Marcio Naves (2008). El materialismo histórico es la ciencia que investiga las leyes generales del desarrollo de la sociedad humana y las formas de

* Profesor e investigador adscrito a la Escuela Superior de Turismo, sección de Estudios de Posgrado e Investigación, Instituto Politécnico Nacional, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt.

su realización en la actividad histórica de los hombres; proporciona la plataforma conceptual y metodológica de las indagaciones que a continuación se presentan. Parte de la hipótesis vertebral del proceso histórico de la evolución de la sociedad, y destaca los estrados de la vida social, sobre todo la económica, en la que las relaciones de producción constituyen el elemento primordial de las demás relaciones.

El materialismo dialéctico es la base filosófica del marxismo. Es su gnoseología y su método. Es una importante síntesis que abarca una compleja red de vínculos, fenómenos y procesos de la sociedad humana y del pensamiento. Es materialista, ya que su estudio de la sociedad radica en el análisis de la práctica histórica y social; en particular, de la producción social como plataforma del ser humano. Es dialéctica, porque aborda el objeto de estudio desde las contradicciones y las analogías, tomando en cuenta su génesis, evolución y desarrollo. Desde ese contexto, la idea de derecho es distinta de las concepciones positivistas, pospositivistas y neopositivistas, así como de los enfoques relativistas típicos de la llamada posmodernidad jurídica. La lógica de esta exposición consiste en la construcción de un conjunto de apartados en los que se aborda la idea de derecho, en especial desde la perspectiva del jurista soviético Evgeni Pashukanis (1891-1937).

En lo que sigue, se tratará de establecer algunos comentarios sobre el nexo existente entre derecho y marxismo. Es de sobra conocida la animadversión de las teorías jurídicas contemporáneas a esta materia; sin embargo, a juicio del autor, las contribuciones del marxismo a tal tema son sumamente relevantes, como trataremos de mostrarlo en este escrito.

Las posturas normativistas de tipo kelseniano (Kelsen, 1957) se han orientado a desacreditarlo (Kelsen, 1931) y a denigrar de él (Kelsen & Racinaro, 1982). Igual ha acontecido con el pospositivismo principalista (Atienza & Ruiz Manero, 1993) con el positivismo de Norberto Bobbio (1999) y Riccardo Guastini (Atienza, 2004), y de manera particular en los trabajos del abogado español Juan Ruiz Manero (1986), además de diversos textos iusnaturalistas, como es el caso de Javier Hervada (1996), el enfoque sistémico de Niklas Luhmann (1995), y en autores posmodernos de hechura deconstructivista, como Jacques Derrida (1997).

DESARROLLO

Para entrar en materia, se expondrán algunos puntos acerca de la relación entre derecho y marxismo; para ello se desarrollarán cinco puntos: el contrato, la forma jurídica, el derecho y la moral, la subjetividad jurídica y, por último, la conceptualización del derecho y lo

correspondiente al tribunal y el proceso. Evidentemente, la reflexión deberá ser mucho más amplia; no obstante, por la limitación de espacio, se desarrollan en forma breve algunos comentarios al respecto, siendo conscientes de la necesidad de profundizar más al respecto.

I. EL CONTRATO Y EL DERECHO

Es importante el contrato en el derecho; este vocablo proviene del latín *contractus* y alude a un acuerdo voluntario entre dos o más partes. Cuenta con la legalidad para adoptar decisiones, generando en consecuencia un conjunto de obligaciones y derechos. El contrato adquiere su forma plena en el capitalismo, ya que en las sociedades precapitalistas solo hay pactos, acuerdos o convenios. En el derecho romano, los pactos se comenzaron a hacer por escrito, muy rudimentaria y simple. En la Edad Media aparecieron las promesas solemnes, que incluían reglas sumamente escrupulosas y precisas que condenaban a muerte a quien no las cumpliera. No fue sino hasta la primera modernidad, en el siglo XVII en Europa, cuando comenzó a conocerse el término *contrato* como concepto jurídico en el que el elemento primordial es el carácter de contraer un compromiso con el propietario de los medios de producción.

A comienzos del siglo XIX, en el derecho civil francés, se legisló por primera vez sobre los contratos entre poseedores de mercancías, quienes las intercambiaban en el mercado: la fuerza de trabajo por parte del empleador y el salario por parte del dueño de los medios de producción. El contrato es una convención oral o escrita entre partes que aceptan obligaciones y derechos. El documento o voluntad que reproduce las condiciones de este arreglo se llama contrato; es, pues, un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, que pueden ser físicas o jurídicas. Pashukanis (2016: 17) comenta: “Pero el contrato no es ya un fenómeno de orden psicológico; no es una ‘idea’, una ‘forma de la conciencia’: es un hecho económico objetivo, una relación económica indisolublemente unida a su también objetiva forma jurídica”.

Luego señala:

“El fin práctico profundo de la mediación jurídica es el de asegurar el movimiento, más o menos libre de obstáculos de la producción y de la reproducción social que en la sociedad mercantil se realiza formalmente mediante una serie de contratos privados. Este fin no puede conseguirse únicamente con el auxilio de las formas de la conciencia, esto es, de elementos puramente subjetivos: para ello se necesita recurrir a criterios precisos, a leyes y a interpretaciones de leyes, a una casuística, a los tribunales y a la ejecución coercitiva de las sentencias” (Pashukanis, 2016: 17-18).

Queda expuesto que la mediación jurídica se concreta por medio del contrato. Cuando el dueño de la fuerza de trabajo adquiere conciencia como propietario de su mercancía, todavía no se ha concretado la relación económica de cambio; por eso la mediación jurídica depende del contrato. Ahí entra el derecho, o más bien, la forma jurídica. El fin del contrato es constituirse en mediación jurídica para asegurar la producción y la reproducción social en la sociedad mercantil; también el contrato legitima la explotación, tal como dice Pashukanis (2016: 75): “La relación económica de explotación está jurídicamente mediatizada en la forma del contrato”. Por eso en la sociedad burguesa aparece la subjetividad jurídica; en otras palabras, la forma ideológica de la forma jurídica. Este autor destaca:

“A esto se une precisamente el hecho de que en la sociedad burguesa, a diferencia de la sociedad esclavista y la feudal, la forma jurídica asume significado universal; 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” (Pashukanis, 2016: 75).

A lo anterior se debe que la unión entre poseedores de mercancías se realice mediante los contratos. Lo esencial de la forma jurídica es la forma mercancía, no el contrato. El contrato es una forma secundaria derivada, pero no el espejo de la forma jurídica. ¿Por qué sucede así? Porque es preciso que la relación económica del cambio exista, para que la relación jurídica del contrato de compraventa pueda también existir. El Estado, con la ayuda de la policía, el sistema penitenciario, el ejército, modifica de manera muy diversa la forma y el contenido del contrato jurídico. He aquí la diferencia entre la forma estatal y la forma jurídica: mientras el Estado impone su dominación de clase a través de sus aparatos y corporaciones, una parte del derecho, que es el contrato, concreta la mediación jurídica para legalizar y legitimar la explotación de clase.

El contrato es un ejemplo de la sumisión del derecho a la economía, de la forma jurídica a la forma mercantil, ya que “en el contrato comercial, ambas partes hacen lo que quieren y no se toman más libertad que la que ellos mismos dan a los demás” (Pashukanis, 2016: 157). Debido a esa consideración, el contrato participa en la voluntad por el deseo de enajenar adquiriendo, y adquirir enajenando. Para que este deseo se cumpla, es imprescindible que las voluntades de los propietarios de mercancías se encuentren en relación unos con otros, respecto de voluntades independientes. Dice Pashukanis (2016:165): “Por eso el contrato es uno de los conceptos centrales en el derecho”.

Debido a esa consideración, el contrato implica una columna vertebral de la idea del derecho, porque es uno de los medios de manifestación concreta de la voluntad, con la que el sujeto actúa sobre el ámbito jurídico. El jurista lituano recuerda lo siguiente:

“Histórica y realmente, el concepto de acto jurídico, por el contrario, ha nacido del contrato. Fuera del contrato los mismos conceptos de sujeto y de voluntad en sentido jurídico solo existen como abstracciones muertas. Únicamente en el contrato asumen estos conceptos su movimiento genuino, al tiempo que la forma jurídica, en su forma más simple y más pura, recibe igualmente en el acto de cambio su fundamento material. El acto del cambio concentra, por consiguiente, en sí como en un punto focal, los momentos esenciales tanto de la economía política como del derecho” (Pashukanis, 2016: 165).

El reconocimiento recíproco entre poseedores de mercancías se vincula al contrato jurídico; por ende, los contratos estatales se vinculan al derecho privado: “En la medida en que las empresas estatales están sometidas a las condiciones de la circulación, sus interrelaciones no revisten la forma de una interdependencia técnica sino la forma de contratos” (Pashukanis, 2016: 178). Aparentemente, en el contrato se da una relación de igualdad entre los propietarios de las mercancías: “La persona del proletario es ‘igual en principio’ a la del capitalista; esto se expresa en el ‘libre’ contrato de trabajo. Pero de esta misma ‘libertad materializada’ resulta para el proletario la posibilidad de morir tranquilamente de hambre” (Pashukanis, 2016: 210).

La palabra *contrato* es diferente de *pacto*: “La significación original de la palabra *pactum* no es absolutamente la misma que la de contrato en general, sino que viene de paz, es decir, representa el arreglo amistoso de una disputa” (Pashukanis, 2016: 221). Se aplica también al derecho penal: “Es a él a quien pertenece la definición del delito como contrato concluido contra voluntad. La sanción aparece entonces como un equivalente que compensa los perjuicios sufridos por la víctima” (Pashukanis, 2016: 223). El autor agrega: “En consecuencia, el proceso penal asume el carácter de un contrato comercial” (Pashukanis, 2016: 226). Más adelante, precisa:

“Los delitos y las penas se convierten así en lo que son, es decir, revisten un carácter jurídico sobre la base de un contrato de retroventa. En cuanto se conserva esta forma, la lucha de clases se realiza como jurisdicción. Inversamente, la denominación misma de ‘derecho penal’ pierde toda su significación si este principio de relación de equivalencia desaparece [...] Este desdoblamiento por el cual el mismo poder del

Estado aparece tanto en el papel de parte judicial (fiscal) como en el de juez, muestra que el proceso penal como forma jurídica es inseparable de la figura de la víctima que exige ‘reparación’ y por consiguiente de la forma más general de un contrato” (Pashukanis, 2016: 233-234).

El contrato es una expresión de la forma jurídica; permite conocer la esencia del derecho y darse cuenta de que, de una u otra manera, alcanza su apogeo en el modo capitalista de producción. El derecho es, por consiguiente, una forma jurídica en la que el contrato es parte imprescindible de él.

II. LA FORMA JURÍDICA

Es importante precisar que el derecho, la forma jurídica y el contrato solo pueden ser clasistas, al igual que los demás elementos que lo integran, esto es, las normas, la jurisprudencia, los documentos notariales, las demandas, las averiguaciones previas, las pruebas, las decisiones judiciales, los debates parlamentarios, los contratos, así como el Estado, su poder y los órganos que lo componen. Tales productos jurídicos responden a una posición de clase, a una ideología y a la defensa de los intereses de clase. Pensar que existe —como han pretendido el derecho natural, el positivismo, el pospositivismo, el enfoque sistémico y algunos exponentes de la posmodernidad— un derecho por abajo, o al margen de las clases, es una vana ilusión.

En esa vía, la pretensión formalista de construir una teoría jurídica pura, separada de una posición clasista, solo es retórica. El derecho depende del cálculo y equilibrio de las clases sociales en pugna. Al respecto, el jurista austriaco Hans Kelsen dice: “Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir: una teoría del derecho purificada de toda ideología política” (Kelsen, 1982: 9).

Lo anterior evidencia que el abogado positivista es partidario de un derecho ahistórico, asocial y antiideológico. Tal pretensión constituye un absurdo conceptual propio del normativismo, al aspirar a una teoría pura del derecho de carácter autónomo, monolítico y cerrado. A juicio del autor de este artículo, la idea de derecho se vincula de manera determinante con la sociedad. El jurista soviético Peteris Stucka dice al respecto:

“El derecho es un determinado orden, un determinado sistema de relaciones sociales o de relaciones mutuas entre los hombres, y no solamente un conjunto de artículos que regulan esas relaciones o una institución jurídica formalmente definida. Con todo, cuando no existe un punto de vista de clase, estas relaciones se disuelven nuevamente en fórmulas vacías” (Stucka, 1969: 39).

Posteriormente, precisa:

“El segundo elemento característico del derecho consiste en ser garantizado por la clase dominante por medio de un poder organizado (normalmente el Estado), cuyo objetivo principal, ya que no el único, es tutelar este ordenamiento por corresponder a los intereses (o mejor, para garantizar los intereses) de la clase dominante misma” (Stucka, 1969: 40).

Como se ve, Stucka sigue a Marx, Engels y Lenin en su pensamiento, ya que ubica el derecho, de manera proporcional al capital, el valor y el dinero, concebidos como relaciones sociales; ello ayudará a entender lo que implica el sistema de las relaciones sociales. Su posición es diametralmente opuesta a la de Hans Kelsen, que ubica al derecho al margen de la estructura social, desde una perspectiva monista y unilateral. Luego, agrega Stucka:

“Hemos enviado a la tumba, pues, el concepto *eterno* de derecho, pero, por lo demás, la misma ciencia jurídica burguesa está doblando las campanas por él. Al mismo tiempo, desaparecen los conceptos eternos e indeterminados de verdad y justicia universal, y su lugar lo ocupan entre nosotros conceptos puramente de clase (Stucka, 1969: 42-43; énfasis original)”.

Finalmente, el derecho tiene por expresión las instituciones de la propiedad, el testamento, la herencia y la compraventa, ya que son un conjunto de relaciones jurídicas; en consecuencia, se vinculan a las relaciones sociales de los hombres. Sobre la relación jurídica, dice Pashukanis:

“Lo mismo que la riqueza de la sociedad capitalista reviste la forma de una acumulación enorme de mercancías, también la sociedad en su conjunto se presenta como una cadena ininterrumpida de las relaciones jurídicas. El cambio de mercancías presupone una economía atomizada. Entre las diferentes unidades económicas privadas y aisladas la unión se realiza cada vez mediante los contratos. La relación jurídica entre los sujetos no es más que el reverso de la relación entre los productos del trabajo convertidos en mercancías” (Pashukanis, 2016: 122).

Por eso la relación jurídica es la célula del entramado del derecho; en esa ruta, la relación jurídica se concreta mediante los seres humanos divididos en clases sociales, pero tiene como modelo el enlace entre propietarios de mercancías. De ahí que carezca de sentido la propuesta de Kelsen de que la norma es el fundamento de la relación jurídica y de que esta es una relación referida al orden jurídico.

Hay que señalar que, en la medida en que es un fenómeno social objetivo, es absurdo que el derecho se enmarque, como lo hacen los normativistas, en la pura normativa. Es sumamente importante estudiar cómo las normas se presentan en la vida, en cuanto relaciones sociales; lo interesante de Pashukanis y Stucka es que encuadran el derecho como relación social, en el mismo sentido en que Marx denominaba el capital. El derecho es un sistema de relaciones sociales en el que es esencial la forma-mercancía y la forma-Estado. La hegemonía del capital financiero en el nivel de la producción y la circulación de mercancías, ligado al poder monopolizador del Estado, influyen de modo tajante sobre la práctica del derecho. Para ello, Pashukanis se vacuna contra toda forma de positivismo al subrayar lo siguiente: “Se puede objetar que si se hace abstracción de la norma objetiva, los conceptos de relación jurídica y de sujeto jurídico quedan en el aire y no pueden ser captados en general por ninguna definición” (Pashukanis, 2016: 127).

Horizonte de las mercancías, universo de las relaciones sociales, conglomerado del valor de uso y del valor de cambio, así se ingresa en el mundo típico de Marx; en especial, en el libro I de *El capital*, cuya sección primera analiza la esencia del valor de cambio y demuestra, en consecuencia, que los poseedores de mercancías deben reconocerse mutuamente como propietarios privados, antagónicos y equivalentes (Marx, 2014). Se trata de una relación jurídica que se establece en cuanto mediación a través del contrato, sea este exhibido en formas legales, ilegales o alegales, ya que se trata de un vínculo entre voluntades que son un espejo de la vida económica y de las relaciones sociales de producción.

Es vertebral en el derecho la forma jurídica, que es el reflejo de la forma mercantil y de la forma estatal; surge de las relaciones sociales capitalistas. Los dueños de mercancías la intercambian con mecanismos de voluntad o interés, en una situación de igualdad; se trata de una igualdad formal para concretar la desigualdad real que es de carácter económico. Son los intereses de individuos proporcionales y autónomos, esto es, equivalentes e independientes. La forma jurídica se expande en la mercancía total, se extiende hacia la generalidad, globalización y totalización de las relaciones capitalistas; son relaciones económicas fundamentalmente ligadas al intercambio, así como a la producción, la distribución y el consumo.

El intercambio de equivalentes se distorsiona de tal modo que solo se intercambia en apariencia, pues la misma parte del capital intercambiada por fuerza de trabajo no es más que una parte del producto de trabajo ajeno, apropiado sin equivalente, y además su productor, el trabajador, no solo la repone sino que la restaura con

un nuevo excedente. El vínculo de intercambio entre el capitalista y el obrero deviene, en apariencia inherente, en el proceso de circulación, pura forma; separada de por sí del contenido, que solo la mistifica. La constante compra y venta de la fuerza de trabajo es la forma; el contenido estriba en que el capitalista vuelve a cambiar siempre una parte del trabajo ajeno ya objetivado, del que se apropia continuamente sin equivalente. Así, se ve cómo la forma jurídica en Marx y en Pashukanis emerge del valor de cambio en el mundo mercantil. Es preciso señalar que no se desconoce el valor de uso, por eso el derecho es ubicado dialécticamente en el intercambio; fisonomía y expresión del valor de cambio, sin ignorar su simultaneidad con la producción; es decir, de la base material que es la parte fundamental, y también del poder estatal. Por ello, la semilla de la juridicidad se ubica en el derecho privado, ya que el presupuesto básico de la normativa y del derecho mismo radica en la oposición y antagonismo de los intereses particulares; siempre consolidados en los nexos del derecho civil y mercantil, y forzosamente acompañados por los enlaces con el derecho penal.

III. EL DERECHO Y LA MORAL

La relación entre moral y derecho ha sido abordada de manera errónea por el positivismo, el derecho natural y el pospositivismo. Para el primero, hay separación tajante o relativa entre derecho y moral; para el segundo, la moral está por encima del derecho; para el tercero, hay un objetivismo moralista. Los tres niegan el nexo de la moral con el sistema productor y de circulación de mercancías; excluyen el sujeto moral en cuanto persona equivalente sobre la base de la ley del valor; ignoran que la moral pierde su significado si se le separa de la sociedad que produce mercancías y de la formación social; en esa vía, el constitucionalismo principialista, la ética kantiana y las posturas formalistas son unilaterales. El marxismo jurídico ha desarrollado radicalmente la articulación del derecho con la forma ética. Para Pashukanis, la ética, al margen de las relaciones de producción, se convierte en un dispositivo vacío: “Los conceptos fundamentales de la moral pierden así su significación, si se les separa de la sociedad que produce mercancías y si se intenta aplicarlos a otra estructura social” (Pashukanis, 2016: 206). Es el caso de los códigos de ética o los principios éticos, cuando están ubicados al margen de las relaciones sociales de producción; el sujeto ético es una máscara mediante la cual emerge el individuo en la sociedad burguesa, puesto que la economía de las relaciones de valor proporciona la llave para entender la clavija del sistema jurídico y moral.

Un ejemplo de esto lo constituye el comerciante, conocedor de la ganancia ante el cliente, pregonando lecciones sobre el bien y el mal, mientras realiza la operación de compraventa de productos. Toda su prédica de corte ético sobre la prudencia y el vicio es un fingimiento si se separa del valor de cambio; igual acontece con un político en su diatriba sobre la verdad y la falsedad, tratando de enmascarar su discurso y esconder la estructura mercantil en la que se apoya. Más adelante, dice Pashukanis:

“El ser moral es un complemento necesario del ser jurídico y ambos son instrumentos de conexión entre productores de mercancías. Todo el *pathos* del imperativo categórico kantiano se reduce a que el hombre cumpla ‘libremente’, es decir, por convicción interna, lo que estaría obligado a hacer en la esfera del derecho. En esto, los ejemplos que cita Kant para ilustrar su pensamiento son muy característicos. Se reducen enteramente a manifestaciones de honestidad burguesa” (Pashukanis, 2016: 207; énfasis original).

Es obvio que la honestidad capitalista se reduce a propagar el bien común, sin tomar en cuenta las relaciones de explotación. Debido a esto, las teorías jurídicas burguesas partidarias del objetivismo moral proponen la ética como una abstracción sin vida, ya que sugiere evaluar moralmente a los jueces o legisladores, ignorando la estructura clasista que los define. Por eso, el ser moral está conectado con el ser jurídico, siendo elementos de articulación entre productores de mercancías; el jurista soviético cuestiona a todas luces la forma ética:

“Cuando la unión viva que ata al individuo a la clase es tan fuerte que los límites de su yo se esfuman, por así decirlo, y que el interés de la clase llega a identificarse efectivamente con el interés personal, es absurdo hablar de un deber moral y el fenómeno de la moral es entonces de todas formas inexistente. Pero donde no se haya dado tal fusión de intereses aparece inevitablemente la relación abstracta del deber moral con todas las consecuencias que derivan de ello” (Pashukanis, 2016: 212).

Es extraño que desde las épocas griega y romana, en el medievo y la modernidad, no obstante la existencia de esclavos y esclavistas, patrones y siervos, terratenientes y campesinos, se habla de igualdad y justicia. Se pretendía explicar tales aspectos fuera de las relaciones de fuerza y dominación; incluso en la época actual, algunos filósofos del derecho abordan la moral separada de la dominación de clase. Tal actitud desconoce la situación de que las diversas complejidades del trabajo socialmente útil se comprimen al trabajo en concreto, en

el momento en que los productos del trabajo se transforman a escala mercantil; dicha posición conduce a ignorar las causas históricas y de clase, sobre todo en el marco del derecho natural. Hablar de moral al margen de la lucha de clases es una distorsión ideológica. “No cabe duda de que el concepto de persona moral o de persona igual es una deformación ideológica que, en cuanto tal, no se conforma a la realidad” (Pashukanis, 2016: 205). En esa ruta, los tratados de ética jurídica constituyen una mistificación conceptual (Grande Yáñez, 2006), un artificio metodológico (Trueba Olivares, 1997) y una irracionalidad subjetivista (Jiménez Fuentes, 2003). A causa de esta consideración, la forma ética es inseparable de la forma jurídica, ya que la primera pretende, por convicción interna, subsumir la normativa impuesta por el Estado y el mercado, en un deber ser. El propio Pashukanis alerta sobre el peligro de la forma ética, e incluso rechaza la denominada moral proletaria: “El contenido clasista de la ética no destruye por sí mismo su forma. Nos referimos aquí no solamente a su forma lógica, sino también a las formas con las cuales se manifiesta realmente” (Pashukanis, 2016: 212).

De la misma manera que resulta ambiguo e indeterminado reflexionar sobre la forma jurídica, la forma Estado y la forma ética en un momento específico desaparecerán, como señala Pashukanis, en una sociedad sin clases:

“Por esto, precisamente, en la práctica social la moral y la conducta moral están tan estrechamente ligadas a la hipocresía. Ciertamente, las condiciones de vida del proletariado constituyen las premisas para el desarrollo de una forma, superior y más armoniosa, de relaciones entre el individuo y la colectividad. Numerosos hechos que expresan la solidaridad de clase proletaria lo testifican” (Pashukanis, 2016: 213).

Como se observa, en una sociedad sin explotación no solo se extinguirán el capital, la división del trabajo, el trabajo abstracto y el dinero, sino también la forma ética. El desafío no es únicamente educacional o teórico, sino que implica la constitución de un nuevo sujeto, capaz de transformar la animalidad biológica en un sujeto diferente.

“Pero al lado de lo nuevo continúa subsistiendo también lo viejo: al lado del hombre social del futuro, que funde su yo en la colectividad, encontrando en esto la satisfacción más grande y el sentido mismo de su vida, continúa igualmente subsistiendo el hombre moral que lleva sobre sus espaldas la carga de un deber moral más o menos abstracto. La victoria de la primera forma equivale a la liberación completa del hombre de todas las supervivencias, de relaciones de propiedad

privadas y la reeducación definitiva de la humanidad en el espíritu del comunismo. Esta no es, por cierto, una tarea puramente ideológica o pedagógica: un nuevo tipo de relaciones humanas necesita la creación y la consolidación de una nueva base material, económica” (Pashukanis, 2016: 213).

En ese sendero, “la moral, el derecho y el Estado son formas de la sociedad burguesa” (Pashukanis, 2016: 214). A su vez, no se les puede añadir ningún objetivo transformacional; es claro que en el periodo de la lucha de clases en la actual sociedad capitalista, e incluso en el momento de transición de la sociedad de nueva democracia hacia el socialismo, el proletariado tendrá que utilizar la forma ética, la forma Estado y la forma derecho. También queda en duda el hecho de que estas formas acumulen un contenido proletario; significa que en el nivel fáctico es complicada la existencia de una ética proletaria, así como de un Estado o derecho proletario. Históricamente, existen experiencias de este tipo; sobre todo en la Rusia de Lenin, entre 1917 y 1923, y en la China de Mao-Tse Tung, entre 1949 y 1969.

“Pero para esto el proletariado debe, ante todo, tener una idea muy clara, liberada de todo velo ideológico, del origen histórico de estas formas. El proletariado debe adoptar una actitud fríamente crítica, no solamente frente a la moral y al Estado burgués, sino frente a su propio Estado y a su propia moral proletaria. Debe ser consciente, para decirlo de otra forma, de la necesidad histórica de su existencia, pero también de su desaparición” (Pashukanis, 2016: 214).

Por consiguiente, el proletariado debe ser sumamente realista ante la visión idealista y metafísica de la ética; en la historia de la filosofía abundan tratados de ética que están totalmente desvinculados de las relaciones sociales de producción. La filosofía actual obtiene la hipótesis de que solo se puede comprender al ser humano si se parte del sistema moral como guía máxima. Carlos Marx deja una conclusión diferente, ya que vincula la moral con la forma mercantil; es decir, el ser humano, en cuanto persona equivalente, es la posición precedente del cambio sobre la plataforma de la ley del valor. El hombre, como sujeto jurídico, ético y egoísta; propietario, portador de una moral y ser utilitario, concretan esta situación. Pashukanis menciona al respecto:

“Estas tres determinaciones, que no son reductibles la una a la otra y que son aparentemente contradictorias, expresan el conjunto de las condiciones necesarias para la realización de valor, es decir, en la que las relaciones entre los hombres en el proceso de trabajo aparecen

como una propiedad cosificada de los productos de cambio. Si se separan estas determinaciones de la relación social real que expresan y si se intenta desarrollarlas como categorías autónomas (es decir, por vía puramente especulativa), se obtiene como resultado un caos de contradicciones y de proposiciones que se niegan recíprocamente. Pero en la relación de cambio real estas contradicciones se articulan dialécticamente en una totalidad” (Pashukanis, 2016: 202-203).

El sujeto jurídico, el sujeto moral y el sujeto egoísta constituyen el fundamento del hombre en la sociedad burguesa; el sujeto egoísta se atiene al cálculo económico, solo piensa en el dinero y en el plusproducto, ya que de otra manera el valor se expresa como una relación necesaria socialmente. El que hace de su profesión y existencia una apología del valor de cambio tiene que ser, necesariamente, un sujeto egoísta; es, por excelencia, un amante del trabajo humano abstracto. En relación con el sujeto jurídico, viene a cuenta la frase de Kant: “Dos cosas llenan mi ánimo de creciente admiración y respeto a medida que pienso y profundizo en ellas: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral dentro de mí. Son cosas ambas que no debo buscar fuera de mi círculo visual y limitarme a conjeturarlas como si estuvieran envueltas en tinieblas o se hallaran en lo trascendente; las veo ante mí y las enlazo directamente con la conciencia de mi existencia” (Kant, 1977: 171). Es decir, la ley moral dentro de sí implica la internalización del concepto del bien y del mal, disociado de su postura ante la lucha social, el Estado y la forma mercantil. Esto recuerda el deber de dar limosnas a un miserable, o el rechazo a mentir; el clásico “pórtate bien”. Por eso dice Pashukanis:

“El *pathos* moral está indisolublemente unido a la inmoralidad de la práctica social y de ella se alimenta. Las doctrinas morales tienen la pretensión de cambiar el mundo y de mejorarlo, pero en realidad ellas mismas no son sino un reflejo deformado de un aspecto de este mundo real, el aspecto precisamente que muestra las relaciones humanas sometidas a la ley del valor. No es necesario olvidar que la persona moral no es sino una de las hipótesis de un sujeto trinitario: el hombre como fin en sí, no es sino un aspecto diferente del sujeto egoísta. Una acción que es la encarnación verdadera y única real del principio ético contiene también la negación de este principio” (Pashukanis, 2016: 210; énfasis original).

Aquí se ve que el sujeto jurídico se enlaza con el sujeto ético, ya que tanto el propietario de la fuerza de trabajo como el del capital son poseedores de mercancías. Es posible que el empresario arruine o degrade

al trabajador, o arruine a un pequeño empresario, sin aplicar la fuerza física, basándose solo en el contrato. La persona del trabajador es proporcional, a escala formal, a la del empresario, puesto que se expresa conceptualmente en el pacto de voluntades. Se olvida que hay una igualdad formal que enmascara una desigualdad económica real.

IV. LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA

La subjetividad política comanda la subjetividad jurídica, aunque a veces en la sociedad de clases lo jurídico comande a lo político. Es necesario un proceso de sustitución de la subjetividad jurídica burguesa por medio de la lucha de clases y la transformación societal, para alcanzar una subjetividad política crítica. La iussubjetividad capitalista produce un sujeto jurídico abstracto dependiente del sistema mercantil, de la normativa y de la legalidad. Es pertinente convertir ese sujeto escindido y reificado en un ente crítico; para ello, es viable el paso de una singularidad biológica a secas, a un sujeto político; el tránsito de la bestia humana, propia de la juridicidad capitalista a un sujeto transformador. La subjetividad jurídica conduce al fetichismo de lo jurídico; es un mecanismo esencial para la edificación de la ideología jurídica; sin embargo, no es la única subjetividad que opera sobre lo simbólico, lo real y lo imaginario. Existe una subjetividad ideológica, social y política, la cual es un espejo de la vida material y de las relaciones sociales de producción. La subjetividad jurídica es otro eslabón de la subjetividad fragmentada de la sociedad burguesa.

De esta manera, el sistema mercantil y el poder jurídico estatista construyen al sujeto jurídico; también la lucha de clases edifica a su vez al sujeto. La ius-subjetividad atada al estado burgués de derecho de hechura mercadocéntrica es una ficción, aunque es real. La subjetividad jurídica se forma no únicamente por la circulación mercantil y la ley del valor; también intervienen un conjunto de instrumentos de dominación, basado no solo en leyes y reglamentos sino en el andamiaje de instituciones, aparatos y procedimientos existentes.

Es necesario decir que en la edificación de la subjetividad los seres humanos se transforman: pasan de ser meras individualidades a ser sujetos del cambio social. Así como es necesario generar un proceso para destituir la subjetividad jurídica, ésta no es la única; existe la subjetividad de la forma filosófica burguesa y una subjetividad de carácter historicista, economicista, matematizante, etc. La lucha en el terreno de la subjetividad es una tarea impostergable.

V. EL CONCEPTO DE DERECHO

Como último punto, ¿qué es el derecho?: a) expresa relaciones entre cosas (mercancías); b) implica relaciones voluntarias de individuos

libres e independientes (sujetos jurídicos); c) indica que al lado del valor como elemento fundamental de la forma económica, aparece el Derecho, o sea, que las relaciones de los hombres en el proceso de producción revisten dos aspectos abstractos y fundamentales: uno económico y otro jurídico, el fetichismo de la mercancía (la adoración al valor de cambio) lo completa el fetichismo jurídico (la adoración al sujeto y a la relación jurídica); d) forma parte de las relaciones de producción y de intercambio; e) junto al sujeto de esta relación (el hombre como abstracto propietario de mercancías), se tiene otro objeto: la mercancía como valor. Así queda asimilada la relación jurídica a la relación económica. Por eso se dice que la forma jurídica es un espejo de la forma mercantil; en ese sentido, para un marxista es absurdo que la forma jurídica sea la norma, la decisión en abstracto, la dogmática, o la justicia; f) la regulación jurídica tiene por objeto mediar entre poseedores de mercancías; g) en síntesis, el derecho está integrado por muchos elementos (las normas, por ejemplo). Pero eso no es la forma jurídica. Como lo dice Pashukanis:

“Yo no solamente he afirmado que hay que buscar la génesis de la forma jurídica en las relaciones de cambio, sino que he identificado también el elemento que, según mi punto de vista, constituye la más plena realización de la forma jurídica; esto es, el tribunal y el proceso” (Pashukanis, 2016: 73).

Es importante esta cita del jurista lituano porque no aterriza solo en la relación de cambio; también incluye al llamado “proceso”, en cuanto dispositivo de solución en el cual las partes acuden a un tercero, los jueces, a producir una decisión para la solución del conflicto; esto es, son actos jurídicos que se instrumentalizan aplicando la ley a la resolución de un caso. El tribunal tiene su origen en el latín *tribunalis* (estrado semicircular donde se reunían los jueces) y designa el lugar o edificio en el que históricamente se sustancian los conflictos y controversias; era una tarima o plataforma elevada, donde hablaban los tribunos con el propósito de dirimir las contradicciones existentes en la sociedad; en el capitalismo es un órgano público establecido como instrumento jurisdiccional cuyo objeto central es ejercer la resolución, resolviendo litigios en el nivel de cosa juzgada.

Es fundamental en el tribunal ubicarlo como una función estatal y como uno de los poderes del Estado, llamado poder judicial. Así las cosas, el tribunal y el proceso están más cerca de la forma jurídica que de la forma Estado, aunque existe una articulación entre ambos. Vale la pena señalar que el tribunal se desarrolla de manera plena en la sociedad burguesa. En la antigua Grecia, era el *Areópago*,

y en la antigua Roma había dos tribunales permanentes: los decenviros y los centunviro. En la Edad Media, existían los tribunales eclesiásticos. En el precapitalismo, el tribunal no se funda en la categoría de la subjetividad jurídica; aún no existe el derecho subjetivo y el derecho objetivo, y no hay separación entre la dimensión política y la económica.

Lo anterior significa que los miembros del tribunal forman parte de la clase económicamente dominante; los jueces son operadores políticos y jurídicos de la clase esclavista, religiosa y terrateniente. Son tribunales que resuelven los casos mediante el poder directo y la fuerza bruta, sin mediación alguna. No se está defendiendo a los jueces en la sociedad burguesa: también ejercen en algunos casos una brutalidad directa, y a veces son empleados a sueldo del gran capital. En el discurso formal no sucede esto, pero sí en el contenido real. El capitalismo es el imperio de la dimensión formal sobre lo real, ya que inaugura la subjetivación jurídica; esto significa que los jueces y juzgadores se convierten en sujetos iguales y equivalentes y con voluntades libres y autónomas en el nivel formal para ocultar una desigualdad política y económica real.

Esto significa que los jueces se convierten en mercancías. El tribunal se constituye en un órgano público y jurisdiccional, que cumple una función estatal y forma parte de los poderes del Estado; sin embargo, esencialmente no es parte integrante en el nivel principal, de la forma Estado, sino de la forma jurídica. ¿Por qué se asegura esto? Porque la forma jurídica surge del universo de las propias relaciones capitalistas, de la forma mercantil, y es una forma de subjetividad jurídica.

La forma jurídica es diferente de la forma política estatal, aunque las dos se encuentren estrechamente unidas; la forma política estatal está integrada por instituciones, aparatos y corporaciones. El tribunal es un aparato o institución que cumple la función primordial de asegurar la acumulación y la reproducción capitalista. En cuanto aparato de dominación de clase, se vincula con la forma Estado, y en cuanto instrumento, garantiza la acumulación de capital y se enlaza con la forma jurídica.

Según Pashukanis, el tribunal y el proceso se relacionan con la forma jurídica; el autor de este artículo lo considera así y nosotros creemos lo mismo; el tribunal es el órgano dedicado a juzgar legalmente, desde una posición clasista, las contradicciones entre el capital y el trabajo.

La palabra *proceso* presenta un origen latino del vocablo *processus*, de *procedere*, (conformado por), *pro* (hacia adelante) y *cere* (caminar, caer); se trata de un camino o tránsito hacia un fin específico.

En el capitalismo, el proceso jurídico se refiere a la sucesión de actos o acciones, realizados con cierto orden clasista, orientados a una finalidad en la que el beneficio es para la clase dominante. Este hecho histórico y económico se refiere necesariamente a un fin; es un asunto que incluye un procedimiento apuntado a efectos de cumplir una función jurisdiccional de conformidad con la clase en el poder.

Si se profundiza en este punto, el tribunal y el proceso funcionan a partir de una unión específica entre forma política estatal y forma jurídica; es una especie de colocación, integración y ordenación. El enlace entre la forma jurídica y la forma estatal se concreta mediante la producción normativa. El tribunal y el proceso no construyen directamente la forma jurídica. Son, como dice Pashukanis (2016: 117), parte integrante de ella.

De este modo, la forma estatal no descompone ni enfrenta a la forma jurídica, ya que la subjetividad jurídica, que es la autónoma posición de los poseedores de mercancías en el ámbito del mercado, está lista para intercambiarse y generar el proceso de producción y reproducción. Hasta aquí los comentarios del autor del artículo sobre el proceso y el tribunal, así como sobre el concepto de derecho.

Como se puede observar, se ha ahondado en cinco breves temas: el contrato, la forma jurídica, el derecho y la moral, la subjetividad jurídica, al igual que el mencionado en el párrafo que antecede.

CONCLUSIONES

Se ha visto que es posible una teoría materialista y dialéctica del derecho. Es importante conceptualizar la noción de derecho y plantear su vínculo con el sistema productor de mercancías, y tener el cuidado de decir que se trata de una mercancía capitalista, para distinguirla de otras formaciones sociales dominadas por otros modos de producción.

La forma jurídica se vincula con las relaciones sociales de producción. Eso incluye el intercambio-circulación, la distribución y el consumo, y aún más: la forma jurídica es un espejo de la formación social capitalista, la cual incluye la base económica y la superestructura. En ese sentido, la forma jurídica es un reflejo no solo de la forma mercancía, sino de todas las instancias que conforman el modo de producción. Aquí se ve la diferencia y la similitud del Estado con el derecho, puesto que la forma estatal es mucho más amplia y extensa.

Finalmente, la subjetividad jurídica es otro de los mecanismos de sujeción y subordinación y reproducción del sistema en su conjunto; no es la única subjetividad en el reino del capitalismo, pero sí una de las principales, ya que reproduce el fetichismo jurídico y el imaginario capitalista.

Por otro lado, es clave visualizar el tipo de derecho para una sociedad de democracia popular. Es absurdo extinguir el derecho y el Estado en esta época histórica, económica y política del gobierno de obreros y campesinos, como alianza principal de clases, aunque hay conciencia en cuanto a no tener ilusiones al respecto.

Para concluir, la teoría marxista del derecho y del Estado es una de las propuestas teóricas y prácticas de mayor importancia en la época actual, por ejemplo, para entender el fenómeno de la globalización, la injerencia imperial a escala militar y financiera, como sucede en Irak, Siria y Afganistán. En esa ruta, es primordial el pensamiento de Carlos Marx (2014), Federico Engels (1968) y Vladimir Lenin (1968); conocer esto en la medida de las posibilidades y limitaciones es una tarea ineludible, tanto para no ser víctimas del positivismo y la posmodernidad, como para ubicar la lucha de clases y la alternativa social y jurídica en el momento presente.

Como dice Pashukanis (2016: 76): “El futuro dirá hasta qué punto es fecunda esta orientación”. Esto significa que el dilema es socialismo o barbarie; o predomina un derecho positivista o posmoderno, o se impone la crítica marxista del derecho. Los años por venir serán testigos de tal transformación.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M. 2004 “Entrevista a Riccardo Guastini”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante: Universidad de Alicante) N.o 27.
- Atienza, M. 2006 *El derecho como argumentación* (Madrid: Editorial Ariel).
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. 1993 *Marxismo y filosofía del derecho* (México: Fontamara).
- Bobbio, N. 1999 *Ni con Marx ni contra Marx* (España: Fondo de Cultura Económica de España).
- Derrida, J. 1997 *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad* (Madrid: Tecnos).
- Engels, F. 1968 *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras).
- Grande, Y. 2006 *Ética de las profesiones jurídicas* (Bilbao: Descleé).
- Hervada, J. 1996 *Historia de la ciencia del derecho natural* (Pamplona: Universidad de Navarra).
- Hervada, J. 2011 *Introducción crítica al derecho natural* (Pamplona: Universidad de Navarra).
- Jiménez Fuentes, N. 2003 *El código de ética del poder judicial de la federación al alcance de todos* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación).

- Kant, I. 1977 *Crítica a la razón práctica* (Buenos Aires: Losada).
- Kelsen, H. 1931 *Allgemeine rechtslehre im lichte materialistischer geschichtsauffassung* (Tubingen: Mohr).
- Kelsen, H. 1957 *Teoría comunista del derecho y del Estado* (Buenos Aires: Emecé Editores).
- Kelsen, H. 1982 *Teoría pura del derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México).
- Kelsen, H. 1994 *Teoría general de las normas* (México: Trillas).
- Kelsen, H. y Racinaro, R. 1982 *Socialismo y Estado* (México: Siglo XXI Editores).
- Lenin, V. 1968 *El Estado y la revolución* (Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras).
- Luhmann, N. 1995 *Poder* (México: Universidad Iberoamericana).
- Marx, C. 2014 *El capital* (México: Fondo de Cultura Económica).
- Mascaro, A. L. 2015 *Estado y forma política* (Buenos Aires: Prometeo).
- Navez, M. 2008, *Marx – ciência e revolução* (Sao Paulo: Quartier Latin).
- Pashukanis, E. 2016 *Teoría general del derecho y el marxismo* (La Paz: Ministerio del Trabajo, Empleo y Previsión Social).
- Robles, G. 2014 *Teoría del derecho* (Madrid: Editorial Civitas).
- Ruiz Manero, J. 1986 “Sobre la crítica de Kelsen al marxismo”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante: Universidad de Alicante) N.o 2.
- Stucka, P. 1969 *La función revolucionaria del derecho y el Estado* (Barcelona: Ediciones Península).
- Trueba Olivares, E. 1997 *Ética profesional para el ejercicio del derecho* (Guanajuato: Universidad de Guanajuato).

EL PENSAMIENTO JURÍDICO CRÍTICO Y SU RELACIÓN CON LA POÉTICA UTOPISTA: DEL UTOPISMO IDEALISTA AL UTOPISMO LATINOAMERICANO Y SUS APUESTAS POR EL DERECHO Y LA JUSTICIA

Diana Isabel Molina Rodríguez*

INTRODUCCIÓN

Es probable que se sienta atrevido y desproporcionado establecer puentes de conexión o mediaciones entre la poética utopista y el pensamiento jurídico crítico, dada la fuerza que tiene el estatuto normativo en sí mismo y la univocidad de las reglas en su objeto de estudio frente a la metáfora y la polisemia de la poética, además del riesgo de caer en un análisis de sentimentalidad en lugar de hacerlo con un carácter conceptual.

Así, acudiendo a las lógicas argumentativas de Ricoeur (2001) para establecer relaciones admisibles entre dos conceptos que parecen inconmensurables, este ejercicio reflexivo se plantea construyendo mediaciones prácticas y documentando de manera metódica tales relaciones entre estos dos términos, al comienzo desproporcionados y luego enlazados dialécticamente.

Para empezar, y tomando por utopía “aquella exploración imaginativa de nuevos modos y estilos de capacidad y voluntad humanos, y la confrontación imaginativa de la necesidad de todo lo que existe — sólo porque existe— en pos de algo radicalmente mejor, por el cual

* Abogada, magíster en Filosofía de la Universidad del Valle. Investigadora asociada Colciencias. Docente investigadora de la Universidad de Nariño y la Universidad Cooperativa de Colombia (Pasto). Integrante del GT Clasco Pensamiento Jurídico Crítico.

vale la pena luchar, algo que la humanidad se merece plenamente” (De Sousa Santos, 2008: 24), se podría afirmar que la utopía y el derecho nunca han dejado de mantener una relación pragmática fácilmente verificable en algunos momentos de su historia, especialmente cuando el derecho ha revisado sus contenidos valorativos asociados con las concepciones y con los modos de ejercer la justicia y de edificar sus instituciones.

Negar esta poética, esta narrativa implícita en las transformaciones esenciales de los sistemas de derecho y de justicia, implicaría desconocer una parte fundamental del derecho moderno que hoy constituye su estructura axiológica: la validez soportada en la convicción subjetiva de la fe y no solo en la intersubjetiva de las pruebas y del mundo empírico (Nino, 1989). De algún modo, la idea iusnaturalista yuxtapuesta en el derecho supone un orden que está basado en la justicia como valor y como norte moral, lo cual le otorga su obligatoriedad y su validez.

Pero detengámonos en las narrativas que luego producirán estos valores axiológicos estables: la convicción subjetiva de la fe en el derecho finca su origen sobre el espíritu que impulsó la idea de una sociedad mejor. La poética utópica subyace como proyecto de transformación institucional y política, y esta, a su vez, antecede la estructura axiológica, lo cual significa una pregunta disciplinar para el derecho en estos días: ¿la apuesta por un mundo mejor le concierne a los estudios jurídicos críticos como rutas metódicas de la justicia para una sociedad determinada en un tiempo y un espacio igualmente determinados? ¿Puede el pensamiento jurídico crítico establecer relaciones con la poética de la utopía y, de ser así, estas relaciones pueden alcanzar un valor epistemológico?

Esta pregunta asalta siendo que muchas apuestas que se ubican a la otra orilla del derecho positivo atraviesan justamente por la crítica de si están manteniendo la rigurosidad de un estatuto epistémico y metódico que no genere grandes incertidumbres sobre la estabilidad de la sociedad para la cual se está pensando¹.

Pero de la pregunta planteada se desprende también una reflexión importante acerca de la poética utopista y sus diferencias

1 A manera de ejemplo, se puede traer a colación lo expuesto por Javier Tamayo Jaramillo: “La historia constitucional muestra que la tesis alternativa no implica la asunción necesaria de posiciones jurídicas progresistas, sino que esa instrumentalización del Derecho puede degenerar en fenómenos regresivos de ‘neonazismo jurídico’. En las democracias pluralistas, el ‘uso alternativo del derecho’ puede incubar el ‘abuso alternativo del derecho’, en que el asalto a la seguridad jurídica se traduzca en agresión a las garantías esenciales del propio Estado de derecho” (Pérez Luño, como se citó en Tamayo, 2006: 369).

con la axiología del deber ser en el derecho (Nino, 1989): mientras que la primera es contrahegemónica y por ello combativa, la segunda es necesaria y programática, pero de alguna manera no deja de ser institucional. Esto significa que a la poética utopista no le basta el discurso valorativo reformista propio del derecho establecido, el cual plantea la consecución de unos fines paulatinamente alcanzables conforme a un plan que prevé llegar al bienestar social, la equidad, la seguridad y la paz, entre otros bienes jurídicos asociados con su proyecto de justicia.

La poética utopista empieza con la crisis; nace del desencanto sobre los proyectos reformistas que, para ella, mantienen a la sociedad esperando paciente un ascenso a la justicia material que nunca llega. La poética utopista rompe con los compromisos suscritos entre la sociedad civil y el Estado, sobre la base de que el término para el cumplimiento de las promesas estatales está vencido.

La axiología del deber ser nos recuerda que el Estado ya ha contemplado los ajustes sociales pendientes, que estos se encuentran ubicados metódicamente en su norte moral, y que su llegada depende exclusivamente de la optimización de las propias estructuras estatales y supraestatales. La poética utopista exige la transformación de las instituciones al pie de las luchas y las reivindicaciones, las cuales deben volver a pensarse a partir de nuevas epistemologías sobre el mundo, y con ello también sobre el bien y el mal, lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto; la felicidad, el bienestar, entre otros. La poética de la utopía que subyace en algunas contracorrientes del derecho no es anarquista: su desencanto por lo instituido, en términos de Habermas, no impide repensar y proponer un nuevo instituyente, interponiendo el carácter teleológico y ético del Derecho por encima del carácter deontológico y moral².

La voluntad popular, por ejemplo, solo pudo crearse en el mundo moderno sobre la base de un utopismo que pudiera vencer la confortable idea medieval del “mejor de los mundos posibles” escogido por Dios para los hombres. Es claro que la transformación de las instituciones solo se instaura sobre un sueño para mejorar las condiciones de vida de los seres humanos. Entonces, reconocer un mundo en crisis es propio de las narrativas utopistas que luego exigirán un abandono progresivo sobre las ontologías del optimismo (la religión, la ciencia, el derecho, la historia), las cuales nos

2 Se recurre a conceptos de herencia aristotélica, en la que la ética se caracteriza por su perspectiva *teleológica*, y de herencia kantiana, en la que la moral se define por el carácter de obligación de la norma, esto es, por un punto de vista *deontológico* (Ricoeur, 2001: 176; énfasis original).

hacen desconfiar de los proyectos nuevos porque nada podría ser mejor de lo que ya se tiene, de lo que está dado, de lo que creemos acertado, bello y justo.

Mientras que para el utopismo idealista el derrocamiento del “mejor de los mundos posibles” bíblico y teológico significó el despertar a la crisis de las instituciones medievales, para el utopismo latinoamericano la promesa del progreso sobre el ascenso capitalista continúa siendo un velo que no permite superar sus dificultades propias. El utopismo idealista apostó por un hombre racional (antropocentrismo versus teocentrismo); el latinoamericano, por su parte, cree en el mestizo emancipable de los hegemonismos económicos y colonialistas de su tiempo.

El presente texto no aspira a resolver tajantemente las anteriores disyuntivas entre utopismo, derecho y epistemología, sino que se propone: 1) documentar con una actitud filosófica el nacimiento, en la modernidad, de la correspondencia entre derecho y utopía: el utopismo de los idealistas radicales de los siglos XVII y XVIII, que desembocó justamente en el nacimiento del derecho moderno; 2) establecer algunas relaciones entre el utopismo idealista con el utopismo latinoamericano de comienzos y mediados del siglo XX y su posterior influencia sobre el derecho, en especial sobre el pensamiento jurídico crítico latinoamericano, lo cual podrá mostrar la historicidad propia de estos proyectos jurídico políticos, su necesaria aparición en la reformulación de los problemas del derecho y de la justicia, y su capacidad creativa para pensar nuevas instituciones respecto de nuevas antinomias, insuficiencias jurídicas, injusticias sistemáticas y estructuras opresivas y violentas, entre otras.

En este sentido, el presente capítulo pretende reflexionar sobre las caracterizaciones del utopismo en el derecho moderno y en el pensamiento jurídico-crítico latinoamericano, presentando así sus discusiones en el siguiente orden: 1) la promesa por el mejor de los mundos posibles: el utopismo idealista; 2) la confianza en el mestizo como gestor de nuevas epistemologías e instituciones latinoamericanas opuestas a toda forma de imperialismo; 3) la poética utopista del mestizaje y su relación con el derecho en algunas iniciativas del pensamiento jurídico crítico latinoamericano.

LA PROMESA POR EL MEJOR DE LOS MUNDOS POSIBLES: EL UTOPISMO IDEALISTA

Con una suerte de resignación, es presentado el dolor, el sufrimiento o el mal por los teólogos durante la Edad Media, para quienes el mejor de los mundos posibles es la Europa del siglo XVIII. Esta es una de las razones por las cuales se calificó tal tendencia filosófica (conocida

como la teodicea tradicional) como de “optimista metafísica”, siendo una corriente de pensamiento que difundía confianza y tranquilidad sobre las condiciones sociopolíticas de la época y que no solo se acogió por comunidades filosóficas sino que también halló eco en varios movimientos intelectuales que la popularizaron³. Se trata de suponer que todo está bien, que el universo y el mundo marchan como deben.

Tal influencia, por ejemplo, puede verse materializada en el poema de Alexander Pope, poeta inglés del siglo XVIII, quien insiste en que el mundo está ordenado racionalmente, pues ha sido creado por un Dios bondadoso que oye principios racionales. Por tanto, presenta el mal como parte de una estructura en el universo racional:

*All Nature is but Art, unknown to thee;
All chance, direction, which thou canst
[not see
All discord, harmony not understood,
All partial evil, universal good:
And, spite of pride, in erring reason's
[spite,
One truth is clear, whatever is, is right.*

(Essay on Man, Epistle I) (Pope, como se citó en Caro, 2010: 221)

De todos los mundos del universo, proponen nuestros optimistas, Dios escogió éste para que sea habitado por los hombres, según nuestros optimistas. No existe uno mejor que pudiera ser posible. Así encontramos encajada la definición a que se refiere el concepto del “mejor de los mundos posibles”, defendido por la teología para conservar su estructura de sociedad y de justicia.

Pero el mal y su consecuente dolor es algo difícil de refutarles a las tendencias ilustradas modernas que irrumpen en la Europa del siglo XVIII⁴. La antinomia kantiana⁵, que para Marquard es el mismo

3 A este respecto, puede verse el estudio sobre la teodicea como movimiento histórico, conforme a lo expuesto por Caro (2010). En este se presenta un panorama de los movimientos que impulsaron y los que criticaron fuertemente el sistema del mejor de los mundos posibles, defendido en la teodicea tradicional.

4 Halard Weinrich nos recuerda que Voltaire, por su parte, no solo puso en duda la bondad de Dios y su sentido de la justicia, sino que negó su existencia. Rechazando el optimismo de Pope y de Leibniz, a Voltaire, de hecho, le pareció absurdo ver en este acontecimiento un mal necesario al bien, un mal integrable en el mejor de los mundos posibles (Poulain, 2003).

5 Para una mayor comprensión de la visión sobre la antinomia kantiana y su relación con el optimismo leibniziano, ver Caro (2005).

genius malignus cartesiano (Marquard, 2003), y que para el derecho moderno significará precisamente la vulneración sistemática de derechos, es una realidad difícil de refutar con esfuerzos argumentativos que apelen a la bondad de Dios y al sistema del mejor de los mundos. Para los modernos, evidentemente algo no anda bien, porque el mal se materializa en la vulneración de los derechos sobre los seres humanos.

En su defensa, la teología piensa que el dolor (visto sobre el constructo teológico del mejor de los mundos posibles), se mezcla con el mal moral mediante la fórmula del sufrimiento asociado con el pecado. El sufrimiento, entonces, adquiere una razón expiacionista⁶: la culpa produce sufrimientos y el culpable no escapa jamás al tribunal de la justicia divina, dice Ricoeur (2001: 28) al respecto: “Pero, puesto que el castigo es un sufrimiento considerado como merecido, ¿quién sabría si todo sufrimiento –de un modo u otro– no sería más que el castigo de una falta personal o colectiva, conocida o desconocida? Esta pregunta, que surge hasta en nuestras sociedades secularizadas ante la experiencia del duelo, recibe un refuerzo de la demonización paralela que hace del sufrimiento y del pecado la expresión de los mismos poderes maléficos. Tal es el fondo tenebroso, jamás completamente desmitificado, que hace del mal un único enigma”.

Y es aquí donde el idealismo radical propondrá una irresistible idea en torno a la sociedad, el mal y el dolor en el mundo: esta consiste en que haya un lugar posible donde pueda erradicárselo al fin. La utopía nace como una apuesta que provocará un definitivo desinterés en el constructo filosófico de que es este el mejor de los mundos posibles, diseñado racionalmente por un bondadoso y omnisciente Dios cristiano.

La utopía se propone desde la Europa del siglo XVIII como una nueva ilusión por un futuro mejor, aunque su precio significara el reconocimiento de que su mundo no era bueno y que por el contrario, se encontraba plagado de antinomias, de malestares y de dolor. El primer paso para soñar con la utopía era aceptar la existencia de la crisis y renunciar igualmente al estado de optimismo metafísico que se soportaba en la tesis del mejor de los mundos posibles.

En este punto, no se debe perder de vista que la idea de utopía victoriosa sobre un constructo filosófico y teológico dominante por varios siglos fincaba para siempre su relación con el derecho moderno.

6 Lo que constituye todo el enigma del mal consiste en poner bajo un mismo término, por lo menos en la tradición del Occidente judeocristiano, aquellos fenómenos tan dispares como el pecado, el sufrimiento y la muerte. Para Ricoeur (2001) existe una enigmática profundidad común entre el mal cometido (pecado) y el mal sufrido (dolor o sufrimiento).

En efecto, si la teología consideraba que el dolor (sufrimiento-pecado) forma parte del equilibrio expiacionista en la justicia divina, los idealistas proponen que el dolor (antinomismo-vulneración sistemática a los derechos humanos) es algo que debe erradicarse en la justicia de los hombres, como justamente lo ha proclamado el naciente derecho moderno.

Sostener que el dolor debía quedarse en el mundo se oponía radicalmente al nuevo proyecto jurídico que actuaba bajo la premisa de eliminar las manifestaciones del mal, la vulneración de derechos y las antinomias a través de la justicia de los hombres⁷. Por eso la utopía nace bajo estas lógicas de la modernidad ilustrada y en el seno de estas tensiones filosóficas que dan origen al derecho moderno⁸.

Hoy en día, el utopismo es una categoría romántica que escapa al derecho, especialmente positivo, pese a que sus orígenes datan de unas mismas tensiones filosóficas sobre la autonomía moral del hombre, el sufrimiento por expiación y por merecimiento frente al sufrimiento como injusticia social; la superación a las ontologías del optimismo (la religión) y a las categorías sagradas de la justicia; el reconocimiento de la crisis social y de las instituciones, entre otras.

Adaptando un poco lo dicho por Paul Ricoeur (2001), podríamos plantear que a la pregunta “¿de dónde proviene el mal?” responde el pensamiento jurídico preguntando otra vez “¿qué se puede hacer contra el mal?”, y que de esta manera pone su mirada en el porvenir, como si se tratara de una tarea por cumplir, una tarea insatisfecha y permanente, lo cual, a su vez, aviva la poética de la utopía, que representa un lugar posible al que se puede arribar en la medida que se alcance la lucha por el derecho.

7 Hay que recordar el libro de Voltaire titulado *Cándido*, en el que se hace una parodia a la filosofía optimista que considera al mundo presente el mejor de los mundos posibles, porque, según Pangloss (personaje central de la obra), está demostrado que las cosas no pueden ser sino como son, “pues habiéndose creado todo lo que vemos con un fin, claro que todo está hecho para el mejor fin; por ello, todo es perfecto” (Voltaire, 1985: 6).

La burla del filósofo francés hacia el optimismo desmesurado por este mundo deja entrever el surgimiento de un nuevo optimismo que será afirmado con la pedagogía ilustrada de los enciclopedistas, para quienes la adquisición de conocimiento hará, de manera irremediable, que el hombre sea cada vez mejor y deje su maldad (Cassier, 1984).

8 El argumento fundamental de la teodicea tradicional consiste en probar que esos derechos no son violados en serie: esto implica optimismo. El optimismo se resquebraja en la revelación de antinomias. La teodicea solo puede tener éxito cuando ya no se considera a Dios como creador, sino —desde un punto de vista idealista— al ser humano: el único creador del que los hombres pueden exigir en serio que haga este mundo mejor de lo que ya lo ha hecho, y de tal modo que todos los hombres consigan sus derechos en él, transformando las relaciones jurídicas (Marquard, 2000).

En la actualidad, la voluntad popular es una ficción con que se legitiman los estados de derecho en América Latina, empleada como “la mejor de las fórmulas posibles” para sosegar las demandas a las crisis de gobernabilidad y de violencia estructural que sufren nuestros pueblos. La utopía idealista, con el paso del tiempo, solo alcanzó un estatus de relato ideologizado, y el argumento de la voluntad popular que sirvió para vencer la voluntad de Dios sobre su pueblo, ahora solo se usa para mantener un orden establecido sobre lo injusto.

No sobra recordar que los códigos nacieron como “un descubrimiento para la materialización de los principios inmutables y absolutos sobre la convivencia de los hombres en la sociedad” (Nino, 1989: 23), una premisa para nosotros hoy claramente ideológica, inspirada por la cientificidad racionalista de su tiempo, y que para Nino no representa más que un pseudopositivismo basado en la premisa: “El derecho por el solo hecho de ser positivo es justo” (Bobbio, como se citó en Nino, 1989: 29).

La razón de la modernidad también tiene una estructura ideológica, pues mientras que se sustituyeron los dioses religiosos por ella, también se remplazaron las bases teológicas de la justicia divina por pretendidos fundamentos racionales en la justicia de los hombres, y esos fundamentos volvieron a alcanzar su categoría de indemostrables y seguros, de inalterables y universales, de dogmáticos, y con ello, de necesarios para soportar las instituciones y la sociedad.

La farsa de la voluntad popular racionalista de nuestros días, empleada por los grupos supraestatales del orden global neoliberal, monopoliza el poder y permite que las leyes se presuman de alto valor moral porque supuestamente están redactadas por el pueblo⁹. Como se suponía fe en Dios antes de las leyes modernas, así se nos mantiene con fe en la voluntad popular, que hoy también es una abstracción casi metafísica.

9 En el texto *Mayorías sin democracia*, Mauricio García Villegas y Javier Eduardo Revelo R. (2009: 10), al discutir el tema de la reelección presidencial en Colombia, como un contraargumento a quienes la defienden con el supuesto de que aquella es democrática porque la determina el pueblo, sostienen que “la democracia no es simplemente la voluntad del pueblo, sino esa voluntad expresada de acuerdo con los procedimientos constitucionales [...] creemos que la voluntad del pueblo tiene límites y que esos límites son, además, una manera de defender esa voluntad popular contra ella misma, es decir, contra su propio desbordamiento”. No se debe, entonces, valerse de los conceptos de voluntad popular y democracia para monopolizar el pensamiento y determinar la validez de las normas. Aquella voluntad no supone socavar otras manifestaciones en la sociedad sino que, al contrario, debe armonizarlas y potenciarlas horizontalmente en virtud del inmanente concepto popular que la caracteriza.

Finalmente, esta suerte de ideología científicista sobre el derecho y la justicia en nuestros días sigue reproduciendo un mensaje erróneo sobre el justo sufriente: se continúa transmitiendo la sensación de que no existe, lo que equivale a suponer que los que sufren en estas sociedades desiguales y excluyentes lo merecen y no pueden ser beneficiarios ni siquiera de la compasión y la solidaridad humana o institucional.

En efecto, el expiacionismo renace en medio de las ideologías científicistas sobre la idea básica de que el pobre y el excluido se merecen su destino, como una estratégica manera para deslegitimar las luchas propias a las reivindicaciones de sus derechos, así como también para ocultar sistemáticamente a las víctimas llevadas por el sistema económico, social, político y cultural, entre ellos a “los millones de habitantes de barrios de invasión, los miembros de minorías étnicas y raciales, los niños malnutridos, las víctimas de la discriminación de género y de la violencia sexual, los refugiados, los desempleados crónicos, las legiones de trabajadores de la economía informal, los emigrantes sin derechos y las personas sin acceso a educación, salud o alcantarillado de calidad” (Rodríguez, 2015: 24).

Se trata de una especie de frontera moral que justifica las acciones positivas u omisivas contra los otros, según una psicología social de la exclusión, ampliamente caracterizada por la literatura existente, la cual contempla sesgos para evaluar al otro, denigración, deshumanización, aprobación explícita de conductas destructivas en su contra, miedo a la contaminación, culpabilización a la víctima, autojustificaciones por los daños, abandonos o ausencias sociales, descalificación, entre otros (Morales & Huici, 2003)¹⁰. De hecho, seguir creyendo que el pobre es un enfermo que no merece derechos sociales (Lutz, 2010) es un ejemplo que podría materializar cómo se comediza y se desnaturaliza su subsistencia trágica.

Pero la esencia de la lucha por el derecho, de acuerdo con una narrativa utopista, igualmente ha mutado: a estas alturas de la crisis del derecho moderno, otra vez ideologizado y sacralizado por sus principales defensores, existe un número amplio de autores que

10 Al respecto, puede verse también Nousbawm (2006), y Yubero, Santiago; Larrañaga, Elisa y Morales, Francisco (2009).

se suscriben a su lectura indisciplinada¹¹. El pensamiento jurídico crítico se instala sobre esta misma crítica fundamental a la disciplina jurídica¹².

Pero problematizar sobre la naturaleza poética utopista contenida en todas las tendencias contracorriente del derecho significaría un desfase metodológico sobre nuestra intención inicial. En cambio, documentaremos a continuación algunas ideas contracorriente de la jurídica latinoamericana que se nutre del esencial debate sobre la identificación del mestizo, quien a su vez se reconoce en el espejo mítico de su historia y quien luego se propone reescribirla con sus propias manos y caracteriza de este modo una relación analógica entre el hombre racional que se legitimó para proponer utopismos sobre la base del derecho y el mestizo que busca esta legitimación para acceder a la transformación de las instituciones jurídicas en nuestros días.

11 Es absolutamente amplio el número de autores que se suscriben a una lectura indisciplinada del derecho moderno y se ubican a la orilla del “otro derecho”. Autores que fundaron las bases de una sociología jurídica, como la teoría sociológica crítica del derecho, que presenta los ordenamientos jurídicos como resultado de intereses políticos al servicio del capital (Rodríguez, 2003; Wolkmer, 2006), o los recientes trabajos de la sociología contemporánea en los que autores como Pierre Bourdieu muestran el problema del Derecho como un campo jurídico que se encuentra determinado por actividades estructuradas y reguladas al interior del mismo (Bourdieu, 2000). También puede verse Cotterrell (1991).

Así mismo, autores que se arriesgan a insertar a la Antropología Jurídica como una disciplina de estudio alternativa al derecho iuspositivista, la cual se encarga de desmitificar varias verdades sagradas de los textos legales y de las estructuras de la justicia y del Estado: Esteban Krotz (como se citó en Meraz, 2005) plantea al respecto que existen tres campos de estudio en la antropología jurídica: el campo del derecho comparado como campo de conflictos y de luchas; el derecho como mecanismo de control social, y el campo del derecho y la ideología. Esta división corresponde a una lógica contrainductiva a las del derecho clásico, pues se comienza con el estudio de los conflictos y se termina con el estudio de la ideología. Fernando Silva Santiesteban, en su libro *Introducción a la antropología jurídica*, indica que entre los temas de que se ocupa esta disciplina también están el pluralismo jurídico, el derecho consuetudinario, la diferencia entre el derecho oficial y los sistemas jurídicos alternativos como el comunitario o el de los pueblos indígenas, entre otros (Silva, 2000).

12 A este respecto, es interesante observar la concepción que al pensamiento jurídico crítico da Antônio Carlos Wolkmer, sobre la influencia de la teoría crítica en el derecho, su origen en las escuelas marxistas y de Frankfurt y la naciente cartografía, que documenta a través de un recorrido por países continentales y de América Latina (Wolkmer, 2003).

LA CONFIANZA EN EL MESTIZO COMO GESTOR DE NUEVAS EPISTEMOLOGÍAS E INSTITUCIONES LATINOAMERICANAS OPUESTAS A TODA FORMA DE IMPERIALISMO

Si bien el mestizo fue una categoría histórica que en un principio se utilizó como acuña de desprestigio y minimización, bajo las asociaciones con la impureza de la raza y, por ende, con la menor valía de esta frente a la blanca (Bracho, 2009), se debe señalar que hubo un momento jurídico crucial que dio inicio a un giro simbólico y político sobre el mismo término: la aparición de una literatura jurídica abolicionista, gestada en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial.

Nos referimos en este punto, específicamente, a normativas con valores abolicionistas de todas las formas de discriminación racial y promotoras de la igualdad en términos generales, al igual que sobre la educación para la convivencia mundial.

En efecto, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 se convierte en una importante arremetida contra la discriminación racial. En 1948 aparecerán la “Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio” y la “Declaración universal de los derechos humanos”, en las cuales se plantea que nadie puede ser discriminado por su raza, color, religión o sexo, entre otros. Pero no será sino hasta diciembre de 1965 cuando la Asamblea General de la ONU adopte la “Convención internacional contra la eliminación de todas las formas de discriminación racial”, que establece una definición de discriminación racial y obliga a los estados a “asegurar que todas las instituciones públicas a escala local y nacional deben actuar de conformidad con esta obligación” (ONU, 1965, artículo 2, literal A). Un año después, en 1966, la Asamblea General de la ONU adoptó el “Pacto internacional de derechos civiles y políticos” y el “Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales”, que contienen cláusulas contra la discriminación.

En 1948, el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas solicitó que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) desarrollará un programa para desmentir los hechos científicos que promovieran la discriminación racial. En junio de 1951, en la “Declaración sobre la naturaleza de la raza y de las diferencias raciales”, se concluyó que no existen razas sino grupos humanos y que la inteligencia no tiene que ver con el color de la piel sino con factores culturales.

Para José Vasconcelos (1948), un representante definitivo en la consolidación del discurso sobre mestizaje como categoría de resistencia política, esta tendencia normativa dotaba de legitimidad los mestizajes y ampliaba de esta manera las posibilidades para la fusión interracial reconocida por el derecho.

Claramente, las experiencias sobre la persecución y el exterminio sistemático que se habían ejercido sobre “razas inferiores”, así como la prohibición incluso jurídica a que estas se mezclaran, en el marco de la Segunda Guerra Mundial, merecía una positivización jurídica expresa que revirtiera de manera definitiva estas visiones, las cuales se habían alcanzado a insertar en la moralidad pública de muchos estados de derecho de su tiempo.

El efecto sobre el mestizaje latinoamericano de estos discursos jurídicos sobre la igualdad racial y sobre el reconocimiento jurídico de la mezcla racial entre los seres humanos permitiría legitimar corrientes intelectuales emergentes defensoras del mestizo latinoamericano, junto con la consecuente disertación que se venía gestando sobre su pasado, desde el inicial sueño bolivariano por una América unida, con sus particulares características culturales (Bolívar, 1815).

Entre ellos, Andrés Bello y Domingo Faustino Sarmiento quienes trataron de asociar al mestizo con las características intrínsecas de la región a la cual se correspondía; Leopoldo Zea, exponente de la constitución del mestizo como una síntesis de lo universal; José Carlos Mariátegui y la solidaridad en los destinos históricos de América Latina; Alfonso Reyes y su relación entre mestizaje e inteligencia; Rafael Gutiérrez Girardot y Henríquez Ureña y la utopía para el mestizaje de las patrias justas (Forero, 2006).

Con todo, el paso de una defensa sobre el mestizaje, asociada con la valoración de esta raza y de su particular aparición con fines de solidaridad histórica, de identidad cultural o de valoración étnica, traía consigo un contenido político sobre el que este trabajo tiene especial interés: la confianza utopista sobre un hombre latinoamericano que pueda concebir un nuevo modelo de sociedad opuesta a todo imperialismo. Se trataba, entonces, de un discurso de identidad, pero con un profundo sentido político sobre ella: el hombre mestizo, como el hombre racional (del utopismo idealista), tenía la capacidad para inventar nuevas instituciones políticas y alcanzar, de este modo, sociedades más justas, incluyentes e igualitarias.

El mestizo que sintió vergüenza durante toda la construcción republicana de nación quedaba atrás; ahora se trataba de uno que reconocía su pasado como categoría para significar su propia identidad. Tomaban sentido político las discusiones sobre el yo latinoamericano y se pensaba en una categoría anti hegemónica para la liberación y la materialización de proyectos de vida fundados en la dignidad humana.

Una salida inteligente de la nación latinoamericana para reconstruir el mundo, desde la toma de legitimidad epistémica, es para el mestizo volver a cultivar mitos y nuevas sabidurías que confronten a la ciencia, en un tiempo que puede ser cíclico y no lineal,

con una estructura narrativa nueva que resista y que no olvide pero que, a la vez, perdone y sane. Se trata de una narración terapéutica (de origen latinoamericano) para una sociedad violenta y enferma que nos legó el colonialista de antaño y el imperialista de hoy. “La utopía del interconocimiento es aprender otros conocimientos sin olvidar el propio. Esta es la idea de la prudencia que subyace en la ecología de saberes. La ecología de saberes comienza con la asunción de que todas las prácticas de relaciones entre los seres humanos, así como entre los seres humanos y la naturaleza, implican más de una forma de conocimiento y, por ello, de ignorancia” (De Sousa Santos, 2010: 44).

La narración terapéutica latinoamericana que propone esta reconstrucción identitaria no es pasiva sino militante. Los autores intuyen que la exaltación del mestizo como nuevo protagonista de la historia puede producir una resistencia continental frente al dominio social, económico y político de los imperialismos contemporáneos. Para ello, el primer paso está en reelaborar, en recordar tanto su historia como su conocimiento, hurtados en forma violenta tras los años de colonización sobre el territorio hoy particularmente mestizo. Los conocimientos subalternos fueron excluidos, omitidos, silenciados e ignorados. Desde la Ilustración, en el siglo XVIII, este silenciamiento fue legitimado sobre la idea de que tales conocimientos representaban una etapa mítica, inferior, premoderna y precientífica del conocimiento humano. Solo el conocimiento generado por la élite científica y filosófica de Europa era tenido por conocimiento “verdadero”, ya que era capaz de abstraer sus condicionamientos espaciotemporales para ubicarse en una plataforma neutra de observación” (Grosfoguel y Castro-Gómez, 2007: 20).

El latinoamericano de hoy está llamado a reconstruir el conocimiento con sus propias manos, destacan estas corrientes, lo cual ya es una acción combativa, pues solo cuando se reconozca a sí mismo formará parte de un proyecto de identidad de nación; de lo contrario, estará condenado a ser un hombre exiliado y dominado, un subordinado sujeto sin recuerdos y un creyente fiel de los megaproyectos históricos y científicos continentales. Evidentemente, tales posturas aciertan una crítica a la historia oficial, puesto que no creen en la manera como se han contado ciertos hechos, por lo que piden cuentas, particularmente en lo que concierne a los acontecimientos fundadores del concepto de nación. Además, su crítica a la colonialidad no se hace solo frente a esta como la mera imposición de una verdad que dominó América (Asia y África) por razones de raza, sino como un sistema de dominación que constituyó una suerte de *partición óptica* (Schaeffer, 2009; énfasis original) entre el hombre blanco

y el resto, lo cual incluiría relaciones de dominación con la mujer (patriarcalismo) y también con la naturaleza (antropocentrismo) (De Sousa Santos, 2011)¹³.

Muchos de ellos evidencian los desaciertos de la razón colonialista y luego imperialista, los errores de la religión judeocristiana; el desgarrador comienzo de las naciones latinoamericanas y la posterior violencia con que se aplastaron sus proyectos emancipatorios socialistas del siglo XX; el brutal exterminio sobre todas las formas de vida a través de las diversas intervenciones en sus territorios y la empecinada brecha de desigualdad que quiere mantenerse entre ellos frente a todo el norte global.

Pero así también, muchos de ellos evidencian la potencia del recuerdo y del saber originario para transformar y sanar el mundo de la vida. “Como en un mito, el origen de la nación no es una categoría histórica sino que obedece al supuesto esencialista e ideal del mestizo. No alude al conjunto de los habitantes de un país, de un mismo origen étnico, que generalmente hablan el mismo idioma, o a la situación de un colectivo en un momento dado, sino al conflicto eterno entre una comunidad mestiza frente a fuerzas imperiales definitivas” (Forero, 2006: 248).

El conocimiento al otro lado de la colonialidad del saber lo constituirán, entonces, los recuerdos originarios y contrahistóricos. Por eso, combatir con este “hombre sin memoria” latinoamericano al que se le ha perdido su pueblo, y con él también las narrativas terapéuticas para las sociedades enfermas que habita, plagadas de guerra, segregación, ambición y estupidez, es una interesante apuesta simbólica, ética y estética de las epistemologías del sur. Pero no podemos perder de vista que también es una apuesta política, jurídica e institucional. Se trata de una apuesta que combate el mismo optimismo metafísico previo al desencanto de las instituciones medievales de que hablamos anteriormente, pero que, en nuestro caso, deconstruye el “todo está bien” de los fallidos estados de América Latina.

Con todo, este mestizaje como evidencia histórica, sin más, no refleja la polisemia que las epistemologías del sur proponen para

13 Sobre este punto, cabe destacar que “la dificultad de imaginar la alternativa al colonialismo reside en que el colonialismo interno no es solo ni principalmente una política de Estado, como sucedía durante el colonialismo de ocupación extranjera; es una gramática social muy vasta que atraviesa la sociabilidad, el espacio público y el espacio privado, la cultura, las mentalidades y las subjetividades. Es, en resumen, un modo de vivir y convivir muchas veces compartido por quienes se benefician de él y por los que lo sufren. Para esta vertiente de la tradición crítica, la lucha anticapitalista tiene que ser conducida de modo paralelo a la lucha anticolonialista” (De Sousa Santos, 2011: 24).

nutrirlo de una potencialidad emancipadora. Para ello es necesario entender su esencial afinidad con la diversidad y proyectarlo como un discurso efectivo hacia la resistencia global que, según la geopolítica contemporánea, se plantea entablando diálogos de resistencia sur-sur. El mestizaje, asociándolo con lo múltiple, como ventaja cultural latinoamericana, se aproxima mucho más hacia una justicia social inclusiva, que reconoce la exclusión étnica, pero también la económica, de género y diversidad sexual, etcétera, como un problema estructural al que hay que combatir con nuevas instituciones. Como bien lo destaca Boaventura de Sousa, el reto del mestizaje como proyecto contrahegemónico y de resistencia debe conciliar las luchas por el reconocimiento junto con las luchas por la redistribución (De Sousa Santos, 2008).

Dentro de una agenda de reivindicaciones que exigen la multiculturalidad, la defensa de los territorios y, con ellos, de la soberanía alimentaria, la lucha contra las tiranías económicas y la prevalencia de la esencia humana, el nuevo mestizo se legitima por encontrarse al pie de la historia, siendo el idóneo para denunciar el contrasentido de las instituciones políticas y para proponer mejores mundos posibles sobre la base de un nuevo derecho como herramienta para la emancipación y no para la dominación¹⁴.

Por esta razón, luego de haber reflexionado sobre la historicidad propia de estos proyectos jurídico-políticos, asociados con el mestizaje, el utopismo y la emancipación, en nuestro último acápite mostraremos algunas reformulaciones en los problemas del derecho y de la justicia de parte de estos proyectos, así como su capacidad creativa para pensar nuevas instituciones respecto de varios de los antinomismos e insuficiencias jurídicas que padece América Latina.

4. LA POÉTICA UTOPISTA DEL MESTIZAJE Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO EN ALGUNAS INICIATIVAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO CRÍTICO LATINOAMERICANO

¿Qué tipo de reformulaciones teóricas establecen los autores del pensamiento jurídico crítico latinoamericano con las narrativas utopistas del mestizaje? Es diverso el número de autores que podrían nutrir esta gran clasificación, aunque no por ello podríamos dejar de mencionar aquí a los mexicanos Óscar Correas y Jesús Antonio de la Torre Rangel, importantes precursores y promotores de este movimiento jurídico¹⁵. También es amplio el análisis que ellos construyen respecto

14 Ver, sobre este punto, Wolkmer y Fernandes (2015), quienes desarrollan discusiones interesantes sobre las relaciones entre la descolonización, la crítica jurídica, así como la filosofía de la liberación, la interculturalidad y el Estado en América Latina.

15 Óscar Correas construye una sociología jurídica que podría inscribirse en una de

a los nuevos retos del pensamiento jurídico crítico¹⁶, pero nosotros decidido, para efectos específicos de este trabajo, escoger tres grandes categorías que, a saber, se basan en: a) posturas de la teoría crítica marxista, posmarxista y posestructuralista; b) corrientes defensoras de la justicia estructural de los DESC, y c) representantes de la teoría decolonial¹⁷.

Estas tres categorías cumplen a nuestro parecer con algunos de los puntos caracterizados en la relación utopismo y derecho que estamos proponiendo, entre otras cosas porque: 1) fincan una crisis estructural sobre las instituciones y desenmascaran sus discursos ideologizantes; 2) encuentran imperante “despertar” a la sociedad del progreso como la nueva ensoñación optimista-metafísica en que se ve sumergida por la religión, la ciencia, la historia, los medios de comunicación o el derecho imperante; 3) caracterizan un mejor mundo posible y su arribo a él a través del derecho como herramienta jurídica emancipatoria; 4) vuelven a legitimar los reclamos del justo sufriente, y 5) producen una suerte de confianza sobre nuevos estatutos epistémicos en que basan su creatividad institucional.

Puede decirse que una reformulación en la cual coinciden estos tres grupos de corrientes académicas es que el derecho moderno se

carácter marxista, pues asocia problemas de validez y eficacia de la norma jurídica con causas del sistema capitalista, además de preocuparse por la estructura orgánica del derecho y de la instalación de problemas para el derecho latinoamericano, como el pluralismo jurídico. Por su parte, el mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel puntualiza la existencia de una sociología jurídica militante emergente de Nuestra América sobre las bases de un uso alternativo del derecho. Él abre la reflexión sobre el derecho como instrumento para la emancipación, especialmente su uso al servicio de los pobres (De la Torre, 2006).

16 Sobre algunas posturas entre la relación del derecho con el pensamiento jurídico crítico puede verse el texto de Mauricio García Villegas y César Rodríguez Garavito, en el que se presentan varias categorías de análisis sobre el pensamiento jurídico crítico emergente latinoamericano y su relación con la sociología jurídica, la contrahegemonía, el pluralismo jurídico y la desigualdad (García & Rodríguez, 2003). También existe una compilación muy interesante coordinada por Óscar Correas y Antônio Carlos Wolkmer sobre crítica jurídica de América Latina, en la que varios exponentes de estas corrientes discuten temas como los nuevos paradigmas constitucionales para América Latina, el derecho y su relación con el pensamiento marxista, el pluralismo jurídico, los movimientos sociales y la filosofía de la liberación, entre otros (Wolkmer & Correas, 2013). De la misma manera, se destacan algunas revisiones de importante revisión para adentrarse en este estudio: *Crítica Jurídica; Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*; revista *El Otro Derecho*, editada por ILSA, Bogotá, y la revista *Redhes*, editada por la Universidad San Luis de Potosí.

17 El autor con el que más nos hemos acercado a estas teorías es Alejandro Medici (2012, 2016). Consideramos su trabajo de una importancia mayor en los aportes a la teoría jurídica crítica latinoamericana.

encuentra camuflado, escondido tras la propuesta de la neutralidad, la igualdad y la universalidad de derechos para todos. Se trata de un derecho que sigue siendo muy arbitrario en el sentido que le otorga a la norma jurídica y que miente en temas como la validez de dicha norma, el consentimiento, la voluntad general y el bien común. Esto porque se sirve para continuar ocultando la clásica fórmula donde los intereses de una porción muy pequeña de la sociedad se protegen por encima de los derechos del resto. Pareciera que el alcance de derechos, la universalidad y la aspiración de un derecho para la totalidad de la población se diluye cuando este se presta para servir a estados neoliberales represivos que solo saben incrementar la vigilancia y continuar promoviendo la guerra económica, simbólica y militar contra su propio pueblo. Tal como lo dice Melgarito (2016: 54): “El Derecho moderno solo conoce dos dioses: el de las mercancías y el de las ametralladoras”.

Estas contracorrientes jurídicas se proponen un despertar sobre el optimismo metafísico de que en América Latina “todo anda bien” porque su agenda está ligada con los ritmos del progreso económico y social o porque, en general, se encuentre a salvo de la incertidumbre y de la emergencia política, económica, social o cultural que pudieran estar viviendo otros países. En contraste, podemos documentar la crisis denunciada por los procesos políticos y constituyentes con los cuales amaneció América Latina al siglo XXI¹⁸.

Liderazgos políticos gestados al calor de los movimientos sociales, estados no muy convenientes para los proyectos neoliberales y para los flujos indiscriminados de capitales; nuevas voces anunciando el renacimiento de las banderas libertarias marxistas, pero con axiologías y epistemologías decoloniales; emprendimientos políticos hacia el socialismo del siglo XXI, son algunos de los elementos que componen la vasta gama de dilemas puestos sobre la mesa y provocadores de fuertes enfrentamientos sociales y políticos en nuestros días al interior de América Latina¹⁹. Aquí debe reconocerse en su justa medida que la materialización de esta criticidad jurídica en algunos procesos constituyentes de Nuestra América ha significado una puesta en escena chocante, instigadora y molesta para la lógica liberal de las constituciones burguesas. No puede negarse que la denuncia abierta de una crisis social, política y económica previa a estos procesos constituyentes puso a tambalear el “todo está bien” del resto de estados

18 Sobre el concepto de hegemonía y contrahegemonía aplicable a la América Latina de comienzos del siglo XXI, ver De Sousa Santos (2008).

19 Sobre este punto, ver De Sousa Santos (2010).

de derecho en América Latina e implicó, si bien no un remplazo, sí un importante desplazamiento para la ideología jurídica neoliberal imperante.

Para terminar, resulta esencial apuntar que el derecho, cuando trata de constituirse en una herramienta jurídica emancipatoria, trata de proponer nuevos lugares de lo posible, caracterizados igualmente desde una perspectiva jurídica. Si bien ese lugar de lo posible para el utopismo idealista era el Estado de derecho (con libertad y control de poderes, fundamentalmente), para el pensamiento jurídico crítico considera que ese lugar se edifica sobre los espectros de la dignidad humana. Dicho en términos más amplios, sobre el modelo de vida ideal²⁰ que emerge al tenor de estos nuevos alcances constitucionales, los cuales amplían considerablemente la gama de derechos para sus ciudadanos.

Si bien el concepto de dignidad humana no deja de ser problemático como criterio ético fundamental, y también como una estructura epistemológica básica para construir importantes vinculaciones de carácter jurídico en esferas tanto privadas como públicas, una sociedad drásticamente mejor para Nuestra América se propone ampliar los límites de la dignidad humana que liberalmente solo contempla: a) la no instrumentalización de los hombres; b) su trato, para todos los efectos, como fin y nunca como medio; c) el respeto de su integridad bajo fines morales comunes; d) el uso del lenguaje jurídico para su reconocimiento y su desarrollo intersubjetivo²¹.

Este modelo de vida ideal, profundizado en la noción del “buen vivir” como bien jurídico tutelado por países como Ecuador y Bolivia, de acuerdo con la redacción de sus nuevas cartas constitucionales, gesta una apuesta híbrida que intenta consolidar modelos americanistas del Estado de bienestar y del constitucionalismo social continentales, pero con un giro biocéntrico y una toma de distancia, al menos retórica, del proyecto de modernidad claramente constitucionalista²².

20 Este alegato no es contemporáneo, sino que revela una antigua controversia acerca del vínculo entre el ideal (el principio normativo) de ciudadanía y la creación, adquisición y posesión de riquezas. Esta disputa manifiesta la clara y continuada percepción por la existencia de un vínculo entre ciudadanía y condiciones materiales, y concluye ligando el estatus de ciudadano a dos requisitos: la posesión de ciertos bienes o patrimonio, y una cierta igualdad entre quienes participan en la vida pública (Anchustegui, 2012).

21 Al respecto, ver Dorando (2010).

22 Pensadores como Eduardo Gudynas (2009) y Alberto Acosta han estudiado con cuidado el concepto de naturaleza presente en el nuevo constitucionalismo, especialmente en los casos de Bolivia y Ecuador, considerando que de este se desprende un giro biocéntrico que cuestiona fuertemente las políticas neoliberales y la filosofía moderna.

El justo sufriente latinoamericano renace en esta creatividad institucional de la jurídica crítica: primero, porque se propone un derecho que provoque su reconocimiento bajo unas condiciones claras, resultado de varios tipos de exclusión histórica; segundo, porque el nuevo sentido común de esta justicia lo presenta como una víctima de los efectos de la desigualdad entre Sur y Norte globales (Rodríguez & Rodríguez, 2015); tercero, porque la legitimidad de los estados, para la jurídica crítica, se ratifica sobre la reivindicación progresiva de sus luchas y porque se intenta armonizar estas reivindicaciones jurídicas y de derecho con su identidad mestiza y con sus propios estatutos epistémicos, los cuales demandan nuevas discusiones de la justicia y de los bienes comunes.

BIBLIOGRAFÍA

- Anchustegui, E. 2011 “Debate en torno al multiculturalismo. Ciudadanía y pluralidad cultural”, en *Revista Iberoamericana de Filosofía Política y Humanidades* (Sevilla), vol. 13, N.º 26.
- Anchustegui, E. 2012 “Ciudadanía e integración: los derechos sociales y la globalización”, en *Revista Co-herencia* (Medellín), vol. 9, N.º 16.
- Bolívar, S. 1815 *Carta de Jamaica 1815-2015* (Venezuela: Coordinación de la colección Comisión Presidencial para la Conmemoración del Bicentenario de la Carta de Jamaica), en <http://adhilac.com.ar/wp-content/uploads/2010/03/Carta-de-Jamaica.pdf>.
- Bracho, J. 2009 “Narrativa e identidad: el mestizaje y su representación historiográfica”, en *Revista de Estudios Latinoamericanos* (Ciudad de México), N.º 48.
- Caro, H. 2005 “Immanuel Kant. Algunas observaciones sobre el optimismo”, en *Ideas y Valores* (Bogotá), vol. 54, N.º 129.
- Caro, H. 2010 “La teodicea de Leibniz y el optimismo: un aniversario y dos libros recientes”, en *Ideas y Valores* (Bogotá), vol. 59, N.º 143.
- Cassirer, E. 1984 *La filosofía de la Ilustración* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica).
- Cotterrell, R. 1991 *Introducción a la sociología del derecho* (Barcelona: Ariel Derecho).
- De la Torre, J. 2006 *El Derecho como arma de liberación en América Latina: Sociología jurídica y uso alternativo del derecho* (San Luis de Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí).

Sobre las diferencias que estos giros retan, pueden verse, por ejemplo, entre algunos postulados básicos del modelo de Estado moderno, el individualismo y la distinción entre el ámbito público y el privado (Anchustegui, 2011).

- De Sousa Santos, B. 2008 *Nuestra América. Hegemonía y contrahegemonía en el siglo XXI* (Ciudad de Panamá: Centro de Estudios Latinoamericanos Justo Arosemena, CELA).
- De Sousa Santos, B. 2010 *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur* (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global).
- De Sousa Santos, B. 2011 “Epistemologías del sur”, en *Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social* (Venezuela), vol. 16, N.º 54.
- Dorando, M. 2010 “Dignidad humana en Kant y Habermas”, en *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* (Mendoza), vol. 12, N.º 1.
- Forero, G. 2006 *El mito del mestizaje en la novela histórica de Germán Espinosa* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia).
- García, M. 2009 “Introducción”, en García, Mauricio y Revelo, Javier (eds.) *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (Bogotá: Ediciones Antropos).
- García, M. y Rodríguez, C. (eds.) 2003 *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.).
- Grosfoguel, R. y Castro-Gómez, S. (eds.) 2007 *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores).
- Gudynas, E. 2009 “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”, en *Revista de Estudios Sociales* (Bogotá), N.º 32.
- Lutz, B. 2010 “Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social”, en *Espiral. Estudios sobre Estado y sociedad* (Guadalajara), vol. XX, N.º 57.
- Marquard, O. 2000 *Apología de lo contingente* (Valencia: Editorial Alfons el Magnanim).
- Marquard, O. 2003 *Dificultades con la filosofía de la historia* (Valencia: Edición Pretextos).
- Medici, A. 2012 *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial* (San Luis de Potosí: Universidad Autónoma San Luis de Potosí).
- Medici, A. 2016 *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano* (San Luis de Potosí: Universidad Autónoma San Luis de Potosí).
- Melgarito, A. 2016 “El derecho como campo de batalla.

- Contribuciones para una crítica antiestatal de la ideología jurídica nustramericana”, en Rajland, Beatriz y Benente, Mauro (comps.) *El derecho y el Estado. Procesos políticos y constituyentes en nuestra América*. (Buenos Aires: Clacso - Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas).
- Meraz, A. 2005 “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho de Esteban Krotz”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (México, D.F.), N.º 23.
- Morales, F. y Huici, C. 2003 *Psicología social* (Madrid: McGraw-Hill/ Interamericana de España).
- Nino, C. 1989 *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México).
- Nousbawm, M. 2006 *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley* (Buenos Aires: Katz Editores).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.
- Poulain, J. 2003 *La apuesta por la verdad, crítica de la razón pragmática* (Cali: Fundación Filosofía y Ciudad).
- Ricoeur, P. 2001 *Amor y justicia* (Madrid: Editorial Duseuill).
- Rodríguez, C. y Rodríguez, D. 2015 *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno).
- Schaeffer, J.-M. 2009 *El fin de la excepción humana* (Buenos Aires: Fondo de la Cultura Económica).
- Silva, F. 2000 *Introducción a la antropología jurídica* (Lima: Fondo de Cultura Económica).
- Tamayo, J. 2006 “El nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana), vol. 36, N.º 105.
- Vasconcelos, J. 1948 *La raza cósmica. Misión de la raza iberoamericana* (Buenos Aires: Espasa Calpe).
- Voltaire 1985 *Cándido* (Madrid: Cátedra).
- Wolkmer, A. 2003 *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (Bogotá: Antropos).
- Wolkmer, A. y Correas, Ó. 2013 *Crítica jurídica en América Latina* (Florianópolis: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, Universidad Federal de Santa Catarina).
- Wolkmer, A. y Fernandes, I. (eds.) 2015 *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*

(Florianópolis: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, Universidad Federal de Santa Catarina).

Yubero, S., Larrañaga, E. y Morales, F. 2009 *Exclusión: nuevas formas y nuevos contextos* (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha).

ENTRE DERECHO Y POLÍTICA. EL LUGAR DE LA MENTIRA EN LA RAZÓN JURÍDICA: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA DEMOCRACIA LIBERAL Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO

Carlos Arturo Gallego Marín*

Una humanidad enteramente sepultada bajo los desechos de su frenético consumo. También pinta la ley de la dominación como una fuerza que se apodera de todo lo que pretende impugnarla. Hace de toda protesta un espectáculo; de todo espectáculo, una mercancía. (Ranciere, 2008: 37)

1. INTRODUCCIÓN

Necias disquisiciones de fastidiosa ética: mi cabeza: la ilusa, anda muy mal de juicio... (Peor la flaca bolsa, de irónica aritmética...). Le pregunté a la Esfinge que tengo a mi servicio: 'Oh, ¿cuál será la fórmula, de virtud o de vicio, que rija mis futuros?', y los abstrusos senos musitaron unánimes, en tono profetico: 'todo no vale nada, si el resto vale menos'. (De Greiff, 1997: 41)

* Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional. Abogado de la Universidad de Manizales. Magister en Estudios Políticos de la Universidad de Caldas, Estudios Doctorado Ciencias Sociales Cinde-UManizales, Colombia. Profesor de pre y postgrados en Derecho, Política, Hermenéutica constitucional, Derecho comparado, Historia del Conflicto y de la paz y Geopolítica de las Drogas, entre otros. Investigador del Grupo de Estudios Jurídicos y Sociojurídicos Colciencias A1. Secretario General de la Red Nacional de Universitarios por la Paz "Gabriel Izquierdo". Par evaluador de Universidades locales y nacionales. Miembro del Grupo Clasco Pensamiento Jurídico Crítico.

Un gran número de escuelas de derecho en América Latina pasa por alto —unas veces por ignorancia supina y otras por afanes europeizantes o por total ausencia de identidad con lo propio— la conexión necesaria entre derecho y política. Y es precisamente esa conexión (no la única) la que proporciona elementos de respuesta a preguntas sobre los rumbos asignados al derecho como emanación de la ley, cuando se pone al servicio de poderes dominantes que pocas veces provienen del pueblo, en este caso del *demos*. El derecho moderno, así como sus proposiciones jurídicas y sus palabras, está compuesto de teorías impuestas desde códigos y repeticiones, como copias —al carbón— de la modernidad. Un modelo de dominación clave para una sociedad jerárquica y, por tanto, desigual. Usurpa al constituyente primario (constitutivo del poder político, el *demos*) en los poderes dominantes autodenominados representación, asumiendo formas conocidas como democracia representativa. Se trata de una relación vertical, trascendiendo la idea de representación, entendida como presencia de un ausente, reconoce (o proyecta) el accionar apolítico orientado hacia el bien. En este momento, lo impolítico rechaza como falsa e idolátrica precisamente la posibilidad de esa conexión, es decir, la representación del bien por parte del poder o la transformación del mal en bien. Falsa porque empuja el poder hacia un espacio que este no puede alcanzar, e idolátrica porque somete el bien al juicio de la fuerza, aplastando sobre el lenguaje del derecho el de la justicia (Espósito, 2012: 14).

En su origen, la representación es el opuesto exacto de la democracia, pues muchos críticos franceses la ven como el medio del que dispone la élite para ejercer de hecho, en nombre del pueblo, el poder que está obligada a reconocerle, pero que él no podría ejercer sin destruir el principio mismo del gobierno (Ranciere, 2007:78). Ese ocultamiento de lo fundacional —del poder constituyente originario, el *demos*— se ha servido de la razón jurídica como dispositivo maquínico promovido con tales palabras y procedimientos. Así, el derecho en teorías y prácticas ha constituido un poderoso instrumento dominante de las sociedades. Se impone un derecho “revelado” (en cuanto ordenamiento jurídico ecuménico), como artificio creado en las entrañas de la modernidad para consolidar los poderes dominantes, cuya única intencionalidad velada en los códigos y las proclamaciones de derechos es, sin duda, sostener y reinventar el capitalismo.

Foucault afirmaba que la dominación es propia del poder soberano, la explotación inherente al poder capitalista y la sujeción, concomitante con estas formas de gubernamentalidad que aparecen en el derecho. En el siglo XVIII, el principio de la limitación externa de la razón de Estado que constituía el derecho fue sustituido por un principio de limitación interna, con la forma de la economía (Foucault, 2008: 367).

Por tales palabras y proposiciones al servicio del capital, en cuya estructura y avance ha sido instrumento clave, al derecho moderno no se lo puede seguir considerando emancipador si no se exige al *demos* mismo del lugar que la modernidad liberal ha pretendido destinarle. En el “todo no vale nada, si el resto vale menos” está el *demos* como única emancipación, según se pretende mostrar como aproximación crítica a la democracia representativa liberal. Es necesario detenerse en el concepto *demos* para avanzar un poco más en la discusión.

Este término fue entendido de dos maneras en la Grecia antigua: como el conjunto de los ciudadanos que integran la *polis* y, sobre todo, como los ciudadanos más desventajados, como el grupo de “los muchos” formado por la masa de pobres libres, de quienes trabajan con sus manos a cambio de un jornal y con ello alimentan a su prole. El concepto reviste un fuerte contenido de clase, como el gobierno de los “muchos pobres”, alternativo al de unos “pocos ricos”.

Al describir el *demos*, Aristóteles incorporó campesinos, artesanos, pequeños comerciantes y asalariados (Pisarello, 2012: 30). Desde la antigüedad, la lucha del *demos* por su reconocimiento y el pleno ejercicio del poder que encarna (originario), ha sido atravesado por incontables ataques. En Grecia, por ejemplo, la tensión entre oligarquía y democracia se basó, entre otras, en que los enemigos de la democracia la odiaban porque confería poder político a los trabajadores y los pobres. Esa tensión impidió que el régimen democrático, tan afamado históricamente como gobierno popular y de todos se cumpliera. La democracia griega se apoyó en el trabajo esclavo, la expansión militar y colonial para garantizar el abastecimiento de alimentos (Meyer, 1955: 103); sin embargo, avanzó en sus periodos de mayor desarrollo hasta que mujeres y esclavos alcanzaron la *isegoría*, una especie de igualdad de palabra al pronunciarse en público. Estos y otros impulsos igualitarios bastaron para que algunos de los principales pensadores de la época se convirtieran en incisivos críticos de lo que consideraban un exceso inaceptable, una interrupción de la moderación y la cordura (*sophrosyne*).

Toda la teoría política de la antigua Grecia nace como respuesta al fenómeno “escandaloso” de la democracia (Pisarello, 2012: 31-32). Un poder fundacional que se debate en una clausura jurídica, fruto de los artificios salidos de las entrañas de las revoluciones liberales burguesas, pero en especial de la Revolución francesa, que preparó el encierro en la forma jurídica de la soberanía a través del crecimiento del papel del derecho, basado como esclarecedoramente lo afirma Rosanvallón (2006: 11-13), en el poder de las instancias de regulación no elegidas. Esta forma asociativa, denominada democracia, contiene una superposición de la cual no parece poder escapar, al menos

teóricamente: puede ser un catálogo de reglas y procedimientos que indican el privilegio de un pueblo por el debate de las ideas y el rechazo a la guerra y, sin embargo, al mismo tiempo puede indicar el privilegio de un partido fuerte por el autoritarismo y la prohibición del debate por fuera de unos cánones partidistas, amparado en el “fervor popular”.

Es justamente aquí donde el *demos* debe autosujetarse a condiciones indiscutibles, como la aceptación de la vida y su defensa contra cualquier otro poder. Si ese presupuesto fundamental no está en el centro del *demos*, son latentes los riesgos de ponerse al servicio de poderes totalitarios. Dadas estas características, el derecho emancipador respondería a conjuntos de reglas, principios, normas y valores resultado de constructos populares, efecto de disensos teóricamente incompletos —dada su textura abierta—, su siempre vuelta a debates abiertos en el *pólemos* sobre las diversas formas de autogobernarse el *demos*.

Para ampliar la discusión se propone una reconstrucción de algunos momentos claves de los procesos “revolucionarios” de 1787 en Estados Unidos y la Francia de 1789, que se describirán muy sucintamente a continuación. Siguiendo a Rosanvallón (2006: 14), se encuentra una enorme coincidencia en ambos procesos, dada una diferencial consistente en que para el primero se trata de afianzar una independencia recién adquirida, y para el segundo, reescribir formas políticas para tramitar la ruptura con un orden absolutista. En realidad, la forma del tradicionalismo estadounidense fue una cosa y su contenido otra completamente distinta. La historia colonial en esas entonces trece colonias no ha sido la crónica lenta y glacial del desarrollo que han venido vendiendo por el mundo occidental y, sobre todo, por Latinoamérica. El resultado fue que el tradicionalismo de los estadounidenses, como un simple aborto de la lógica, mostró a menudo asombrosas marcas de racionalismo ahistórico. El caso más claro de esto se encuentra indudablemente en las constituciones revolucionarias de 1776 (Hartz, 1955: 59). El gran debate de 1787 a 1788 entre los federalistas y los antifederalistas en Estados Unidos, sobre el sentido del gobierno representativo y su marcado temor a la democracia directa como forma de gobierno, anticipa en muchos puntos la formulación de problemas de 1789 (Rosanvallón, 2006: 30).

Madison contrasta la “democracia” de las ciudades-estado de la antigüedad, en las que “un reducido número de ciudadanos [...] se reúnen y administran el gobierno en persona”, con la república moderna basada en la representación. Luego de usar como ejemplo que “en las más puras democracias griegas muchas de las funciones ejecutivas eran ejercidas no por el pueblo mismo, sino por funcionarios

elegidos por este, que representaban al pueblo en su capacidad ejecutiva” sostiene su tesis según la cual, “de estos hechos, a los que podríamos añadir muchos otros, resalta claramente que el principio de la representación no era desconocido de los antiguos ni totalmente ajeno a sus constituciones políticas. La verdadera diferencia entre estos gobiernos y el americano reside en la exclusión total del pueblo, en su carácter colectivo, de toda participación en este, no en la exclusión total de los representantes del pueblo de la administración de aquellos” (Rosanvallón, 2006: 30).

Por otra parte, las formas de soberanía son materia de escrutinio teórico y del discurso en las asambleas revolucionarias. Pero en ninguno de los tres procesos revolucionarios —Inglaterra, las colonias americanas y Francia—, se contempló la instauración de un régimen democrático. Cuando se aborda la discusión acerca de la soberanía en Francia, no logra distinguirse la soberanía *instituyente* de la soberanía *autorización*. Aváncese un poco en esta distinción: como lo anota Rosanvallón (2006), estos equívocos aparecen a plena luz desde el verano de 1789, en el primer gran debate de fondo de la Asamblea Constituyente sobre el veto real. La fórmula *llamamiento al pueblo*, que figura en los discursos tanto de derecha como de izquierda, remite a conceptos casi opuestos de la intervención popular. ¿El veto real como equivalente de un llamamiento al pueblo? Los partidarios del sistema insisten en él: este derecho conserva en el pueblo su soberanía sin ningún inconveniente. Técnicamente, el veto suspensivo tiene consecuencias equivalentes a las de un derecho de disolución: instituye en árbitros a los electores y reintroduce a favor del pueblo un derecho a decir la última palabra. No obstante, ninguno de estos apóstoles del veto se imagina instaurando alguna forma de democracia directa gracias a este mecanismo. “En un gran Estado, la democracia es una quimera absurda”, dice Mounier en su discurso del 4 de septiembre de 1789, resumiendo la opinión general. El poder del pueblo se limita aquí a casos excepcionales. Recalcan los diputados que los casos de plebiscito tienen que ser muy escasos y, rápidamente, se ponen de acuerdo en que “en todas las *circunstancias comunes* se deben otorgar a los representantes poderes ilimitados”. En 1789 el poder constituyente se confunde con el movimiento mismo de la acción revolucionaria. Es a la vez fuerza imperiosa de ruptura e invitación a la creación de instituciones nuevas. Durante la revolución, entonces, es imposible separar la cuestión de la democracia del tema del poder constituyente. Por lo tanto, la idea de *soberanía instituyente*, en torno a la cual se organiza el *contrato social*, no se distingue claramente del concepto más antiguo —medieval, de hecho— de una simple *soberanía de autorización*.

El *llamamiento al pueblo* se justifica a menudo en términos que parecen prestados directamente de las justificaciones medievales del derecho de resistencia a la tiranía (Rosanvallón, 2006: 21). Tradición y modernidad se contraen constantemente y, para el asunto del autogobierno por el *demos*, la tradición es más fuerte porque viene nutrida del derecho público medieval que divorcia el universo de los principios del de los procedimientos. Las comunas del medievo (los ciudadanos de París, por ejemplo) no hacen sino recuperar los derechos imprescriptibles de los hombres libres que viven en comunas, de hacer sus leyes, nombrar a sus magistrados, tener su milicia. Esto explica que incluso los distritos más moderados afirmen el derecho de la comuna a hacer sus propias leyes, rompiendo así con las definiciones “oficiales” de la soberanía popular (Rosanvallón, 2006: 30). Las comunas se revelan desde el derecho como constructo emanado del poder popular *demos* y enraizado en la costumbre contra el derecho moderno homogeneizador, en lo cual sale vencido el primero en la ficción de nación instituida hábilmente por el abate Sieyès en su conocido texto proclamador *¿Qué es el tercer Estado?* En los escritos de 1789 se encuentra que el buen régimen que se debe instaurar es concebido esencialmente como la negación del universo aristocrático y absolutista; del mismo modo, revelan una aproximación al vigor de los principios y la indeterminación de los medios. Los juristas del siglo XIX intentarán librarse de esta vaguedad distinguiendo la soberanía del pueblo de la soberanía de la nación. La primera tiene una dimensión activamente democrática, mientras que la segunda tiene un carácter liberal encaminado a fundar un “verdadero” Estado de derecho en el que ningún grupo pueda apropiarse plenamente del poder, pues la nación es figura indisoluble de la totalidad social y designación de un lugar vacío de poder (Rosanvallón, 2006: 23). Los debates sobre la soberanía en la Francia de 1789 lo demuestran en forma muy clara.

Según Rosanvallón (2006), la palabra democracia no es pronunciada una sola vez en los debates de 1789 a 1791 sobre el derecho al voto. Diez diccionarios sociopolíticos se publican entre 1789 y 1801 y solo uno dedica una entrada a “democracia”, ignorada tanto por la derecha como por la izquierda. Ya en 1791, en el debate constitucional, el término que se propone para el nuevo régimen francés es el de “gobierno representativo”. Lo que se denomina “democracia representativa”, y que es más apropiado designar sistema parlamentario o, como lo hace Raymond Aron, “régimen constitucional pluralista”, es una forma mixta: una forma de funcionamiento del Estado fundada inicialmente en el privilegio de las élites “naturales” y desviadas poco a poco de su función por las luchas democráticas (Ranciere, 2007: 79).

1.1. DOS MOMENTOS Y UNA CONCLUSIÓN

El primer momento se referirá al papel de la educación en las escuelas (formalistas) de derecho —en cuyo seno se oculta la incidencia de la política y lo político—, con el fin de perpetuar un sistema dominante de mercado. Esta tendencia formalista trae como consecuencia la generación de profesionales del derecho acríticos y, por ende, al servicio de tal sistema. El segundo momento tratará sobre la negación que el derecho dominante (liberal) impone a la conexión insoluble entre derecho y poder; y cómo en ella se ocultan discusiones vitales según las cuales el derecho es lenguaje y, por tanto, poder. Finalmente, y de modo nada concluyente, se hará alusión al papel de profesionales del derecho (transformado) en la lucha por la concreción de los derechos, y la importancia de comprender la crítica planteada para debatir y combatir (en sentido restringido a las ideas) más allá del ejercicio de la profesión, además de algunas notas de cierre.

2. EL LUGAR DE LA MENTIRA EN LA RAZÓN JURÍDICA DESDE LAS ESCUELAS DE DERECHO Y CÓMO ESTA SIRVE A LOS INTERESES DE PODERES DOMINANTES

“El árbol del conocimiento no estaba en el jardín de Dios para aclarar sobre lo bueno y lo malo, ya que eso podría habérselo ofrecido Dios, sino como indicación de la sentencia aplicable al interrogador. Esa ironía colosal señala el origen mítico del derecho” (Benjamín, 1999: 64).

Para saber de qué se habla cuando se dice razón jurídica, viene bien un brevísimo inventario de uso de este concepto, tomando la aproximación que Nieto (2007: 13-25) hace al respecto, al considerar que razón jurídica es el aparato intelectual que permite comprender el derecho, mejorar sus normas y orientar sus prácticas. Dicho de manera más sencilla, cuando se habla de razón jurídica se está aludiendo a alguna de sus acepciones: acción y efecto en la terminología tradicional; o bien la subjetiva, la facultad y la acción personal de pensar; o bien la objetiva, que es el resultado o efecto de esa acción personal; o mejor todavía, al conjunto de todas ellas; o mejor, al pensamiento colectivo dominante que se atribuye vida y desarrollo propios como si se tratara de un organismo real. Para otros, como Carraci (2000), tiene un sentido más bien metodológico: es una forma de entender y aplicar el derecho, por lo que en consecuencia, una vez separado históricamente el positivismo como pensamiento único, existe hoy una pluralidad inevitable de razones jurídicas. Para Arnaud (1981), la razón jurídica es un referente, un dato externo que proporciona unidad y coherencia a un sistema jurídico y que explica su racionalidad, de tal modo que

un sistema jurídico no racional es el que carece de razón (jurídica) o no es congruente con ella. Insertada en un sistema jurídico, una y otro son inseparables e interdependientes, con la consecuencia de que cuando el sistema cambia ha de cambiar también la razón, y cuando esta cambia por causas externas, ha de cambiar consecuentemente el sistema. Para este autor la razón jurídica es rigurosamente objetiva, como un elemento más del sistema en que se integra.

El parentesco semántico de los dos términos, razón jurídica-derecho, revela la expresión concreta de la racionalidad del derecho. En concepto de Nieto (2007: 26-27), lo que anida predominantemente en la razón jurídica son dogmas técnicos de índole jurídica, recibidos en parte del derecho romano posclásico y reelaborados en el siglo XIX por los exégetas franceses y, más refinadamente, por la pandectística alemana: un lugar extraterrestre poblado por conceptos fantasmales, como terminó confesando Ihering. Y junto a ellos, dogmas ideológicos que, en cuanto “creencias” ortegianas, no necesitan justificación ni aceptan crítica. Muchos de ellos son principios ideológicos en estado puro, “más vale absolver a cien culpables que condenar a un inocente”, que suelen alegar los abogados de moda y que vale tanto como su contrario esgrimido por otros para sostener la legalidad de los procesos de 1938: más vale condenar a cien inocentes que absolver al culpable; otros culturales (criminalización de los actos contra natura o tolerancia de los homicidios por motivo de adulterio), económicos (en defensa de la libertad de mercado), jurídicos (sacralización de las formas), bien sea por invocaciones abstractas de justicia (dar a cada cual lo suyo) o por transcripción de aforismos romanos descontextualizados. Nótese que la razón jurídica no solo se tiene como sujeto epistémico sino autorreferencial, como el derecho mismo, y circular dado que, siendo externa al derecho le implica y ordena, declarando el sentido de sus contenidos sin ofrecer una explicación lógica que armonice con la idea implícita y no declarada, según la cual el derecho, aun proviniendo de la expresión de la voluntad general (en términos legislativos), debe someterse a una racionalidad extraña a su origen.

El uso de la razón jurídica como elemento clave del positivismo decimonónico está plagado de iusnaturalismos, lo cual ya revela las contradicciones que luego retomaré sin depuración, el jurista padre del formalismo jurídico Hans Kelsen en su *Teoría pura del derecho*. No en vano los autores positivistas coinciden en aseverar que el derecho que no se somete a la razón jurídica es irracional, de suerte que los mandatos del *demos*, aun en su reducida expresión parlamentaria, es irracional cuando no se somete a ese poder externo de la razón jurídica que se confunde con el derecho mismo y se hace indisoluble con él.

Es común entonces, que los “ilustres doctos del derecho” tampoco expliquen quién o quiénes, y con qué premisas, son los dueños de la razón jurídica. En tiempos actuales es posible que se sitúe en la interpretación de órganos judiciales plurales como las cortes, lo cual ha sido objeto de crítica desde pensadores latinoamericanos que consideran esta función exagerada y autoritaria, en cuanto el derecho no puede ser lo que los jueces dicen, en clara alusión a algunas de sus sentencias. Contra esta afirmación podrá esgrimirse el avance al final de la última década del siglo XX y en la primera del XXI, en lo que hace referencia al reconocimiento de derechos. Pero es innegable que tal reconocimiento está impulsado por luchas sociales, reivindicaciones políticas de las minorías y, por supuesto, nuevas revoluciones que al parecer han terminado provocando el realineamiento de todas las derechas posibles, hasta el punto que puede documentarse por lo menos en Colombia, una vuelta violenta a la represión, la felonía y la regresión en materia de derechos fundamentales. El derecho y muchas escuelas que se precian de enseñarlo, está ausente de estas luchas, incluso desde el punto de vista teórico. Sus graduandos conforman ejércitos de negadores de derechos, defensores a ultranza del *statu quo*, además de esbirros del poder y continuadores de políticas y medidas neoliberales. Su formación escasa en historia, pensamiento crítico y teoría del derecho, ha bastado para perpetuar la propiedad privada a cualquier costo y entrar en un túnel sin fondo como grandes consumidores, felizmente ignorantes.

La enseñanza del derecho no puede seguir desconectada de un *ethos* que admita la vida en su sentido ontológico pleno, además de su defensa y promoción sobre cualquier bien como condición inalienable de la legislación. Se aprende el derecho emancipador, si se demuestra cómo su conexión con la defensa de la vida es propio y fundamental. La doble y fina ecuación enseñanza-aprendizaje es, sin duda, uno de los principios que influirá en este propósito. ¿De qué derecho se habla en las escuelas de derecho, una vez convocados a la tarea inaplazable de la reflexión disciplinar y, por tanto, política? Una posible respuesta que se acerca un poco a la visión no pragmática de la educación en derecho, diría que es necesario ofrecer distintas aproximaciones desde la multiplicidad que permita una revisión exhaustiva del fenómeno denominado derecho moderno. Esta revisión se plantea a partir una perspectiva ontológica, entendiendo como tesis no pacífica que el derecho es un discurso emanado del conflicto, no el conflicto liberal que acalla el disenso, sino el que nutre la vida como principio, la hace dinámica y vital al aceptar, fomentar y respetar la divergencia. Así, se habla de un derecho emancipador desde lo social; no un derecho puramente racional.

Esta reflexión se aparta de la versión del derecho impuesta desde el positivismo a ultranza, el positivismo de vieja laya en cuya consolidación, administrativos y docentes de las escuelas de derecho tuvieron responsabilidad –aún no reconocida– en el siglo pasado. Esto hace referencia al positivismo encriptado en el siniestro principio *dura lex sed lex*, ese mismo que apalanca las más terribles barbaries perpetradas en nombre de la ley y el orden y sobre las que aún se extiende un manto de impunidad, con la anuencia complaciente de abúlicos seguidores de autoritarismos de nuevo acuño. Por estas y otras razones, la enseñanza del derecho a la que se alude es inconcebible por fuera de lo ético-moral. Este asunto problemático es un continuo ausente en la iusfilosofía y la teoría jurídica. Proponer la educación en derecho desde la conexión con la moral (crítica) para afirmarlo como emanación del *demos*.

En la enseñanza del derecho, una de las nociones por asumir como núcleo de discusiones es, precisamente, no la cuestión en disputa sobre la relación necesaria entre derecho y moral positiva, sino entre derecho y moral crítica, pues como se ha dicho, los argumentos jurídicos son siempre insuficientes para justificar una decisión en el mundo contemporáneo. Nino (1983: 426) propone preguntarse no si el derecho debe hacer efectiva la moral positiva de una sociedad, sino si debe reconocer y prescribir conformidad con las pautas de una moral crítica o ideal que se supone válida. Y agrega que aquí la respuesta parece que no puede ser sino afirmativa, ya que aparentemente, es analítico o tautológico que para que el derecho esté justificado, de acuerdo con cierta moral crítica, debe hacer efectivos los principios de esa moral crítica. Entonces, ¿por qué insistir en “enseñar” el derecho desde el derecho mismo, como si se tratase de un sujeto epistémico (Teubner, 2002: 533-571), como una verdad que no es posible conocer plenamente a la que se le atribuye existencia independiente de los individuos?

Desde el normativismo, Kelsen afirmó que el derecho es un orden coactivo, obligatorio, que hay que obedecerlo. Pero el hecho de justificar decisiones legales con el argumento de “lo manda el ordenamiento jurídico” no es nunca un argumento contundente para significar que debe cumplirse. ¿Qué sucede cuando a determinadas personas les parece inmoral e injusto ese ordenamiento y no lo cumplen? Aquí se presenta la necesidad de exponer siempre un argumento suplementario para explicar por qué debe obedecerse el derecho, por qué se justifica una decisión.

Un ejemplo puede ser que es moral obedecer el ordenamiento. Entonces se evidencia la remisión a otro argumento distinto del derecho —para justificarlo— y es el argumento moral, que en términos del

liberalismo áulico del capital tampoco constituye una justificación, si se trata de una moral desprovista de significado como expresión popular.

Esta afirmación —como todas las de su naturaleza— no es nada pacífica, pero tiene sentido porque demuestra la incoherente —por principio— enseñanza del derecho, según este supuesto que, *per se*, el derecho es independiente de la justicia, independiente de la moral, independiente de la comunidad que lo crea, de los poderes salvajes que lo implican y manipulan. Es necesario entonces, asumir con relevancia que el derecho es un fenómeno moral (crítico), esto es, político. Los argumentos se toman de Nino, en lo que él llama “la unipresencia del discurso crítico moral en el mundo moderno”. Lo que caracteriza al mundo moderno es la posibilidad de criticarlo todo con argumentos morales: la religión, la política, la economía, la educación y el derecho (Nino, 1994: 148-158). Por supuesto, en este punto del debate el positivismo no logra explicar por qué debe obedecerse el derecho sino por el derecho mismo. La enseñanza del derecho desde el positivismo a ultranza no solo es perversa, desnuda el lugar de la mentira en la razón jurídica y cómo esta sirve a los intereses de poderes dominantes. Un derecho que por la fuerza de la evidencia y la reivindicación de los derechos humanos está llamado a reconocer su conexión conceptual y necesaria con la moral crítica y, por esa vía, con la política. Aquí surge la siguiente pregunta: ¿Cómo lograr una enseñanza del derecho que se circunscriba a la defensa de la vida? Porque es una práctica colectiva que permite que las personas y las sociedades existan. Y como práctica colectiva, hay que develar la mentira en el derecho para transformarlo. Nino (1994: 147-148) manifiesta que concebir las decisiones y acciones jurídicas como contribuciones a prácticas o acciones colectivas implica reconocer la naturaleza esencialmente política del derecho.

El derecho concebido como práctica colectiva cumple dos funciones sociales primarias: permitir superar conflictos y facilitar la cooperación. La segunda función lo muestra como una acción colectiva que no se agota en sí misma, sino que permite la realización eficaz de otras acciones colectivas en estructuras de interacción. Si se comprende la enseñanza del derecho en su noción de práctica colectiva, es posible utilizar la metáfora del coro para explicitarlo. Es un coro en el que cantan muchos, cuya naturaleza es colectiva. No se puede cantar como a cada cual le parezca si se desea que el coro sea armónico; se puede orientar críticamente, se le deconstruye para lograr composiciones, texturas, matices que permitan el acercamiento crítico por ejemplo.

Una perspectiva ontológica de la enseñanza del derecho tiene que defender que este emana de la calidad de sujetos políticos sentipensantes. Desde la Grecia antigua, pasando por Tomás de Aquino hasta

Radbruch —en la segunda posguerra—, se sostiene que el derecho extremadamente injusto no se puede obedecer, no es derecho. En ese sentido, se ha olvidado que no es posible argumentar la existencia de la razón o del derecho cuando es la guerra y los poderes dominantes los que gobiernan en la excepción.

El presente artículo se opone a la tesis que postula el derecho como sujeto epistémico (Teubner, 2002: 533-571), una reelaboración del imperio de la razón ahora desde el derecho. Vaya paradoja. Establece parentesco teórico con la tesis de la naturaleza del Estado que la corriente objetiva ha querido imponer y, que afirma que el Estado es un fenómeno natural independiente del individuo, de la sociedad, con las enormes consecuencias que supone la aceptación en la práctica de estas afirmaciones para el destino de los derechos humanos y los derechos fundamentales. Esta realidad prueba que el derecho no se basta a sí mismo para explicar los fenómenos sociales y políticos porque son construcciones sociales, y en aquellas el *demos* se expresa —no obstante su ocultamiento— en luchas sociales que reclaman democracia. Esto es, la democracia liberal en el derecho como instrumento para consensuar los conflictos (negándoles su cauce), y por ello mismo su carácter político constituye un freno a la expresión del *demos* por medios como razón jurídica: razón de Estado o razón como imperativo para debatir a la manera de Habermas. ¿Cuál es la utilidad de la razón jurídica como discurso, diferente de los intereses del capitalismo? La razón jurídica contribuye fundamentalmente a la expansión del poder dominante del capitalismo. Instituye el conocimiento desde la estructura científica, excluyendo y dividiendo el poder soberano (indivisible), ocultando el *demos*. Así las preguntas flotan desde la historia de los estados y los pueblos como insepultos sin dolientes: ¿Cómo ejercer el derecho desde la falsación misma del derecho moderno, sino emancipándole de esa mentira y develando el *demos* oculto?

3. LA NEGACIÓN QUE EL DERECHO MODERNO IMPONE SOBRE LA CONEXIÓN INSOLUBLE ENTRE LO POLÍTICO Y EL DERECHO LO REVELA COMO NO EMANCIPADOR

Para abordar este momento es necesario conversar con la relación etimológica entre *ethos*, *mos/moris* y la noción de justicia en el mundo griego, que desde la *Apología de Sócrates* es relevante al pensar el derecho moderno donde la justicia, ya vacía de significado, es aplicada según parámetros extraños a su propia esencia. Este poema es significativo para ofrecer una imagen reveladora: “Sírivate Radamanto de modelo / que, justo juez y príncipe prudente, reina feliz, bajo el Elíseo cielo / Nunca al adulador ni al maldiciente / quiso escuchar,

ni la calumnia infame, del inventor ruina y del oyente” (Yungano, *Odas*, 1983). La noción de justicia se asocia en Grecia con una suerte de ley universal que restituye a cada uno lo que se le debe, a la vez que destruye lo que no se debe. Un cierto *ethos* según el cual el lugar interno que se habitaba en relación con lo justo era natural para los ciudadanos griegos. De este modo, la justicia es tenida por adecuada aplicación del equilibrio y de la armonía que debe reinar no solo entre los hombres, sino entre estos, la comunidad y la naturaleza (Yungano, 1983: 17).

Ruiz (2002) manifiesta que la primera teoría de la justicia está asociada al proteico concepto de derecho natural. Es común citar la indistinción entre *phýsis* (naturaleza) y sociedad (*nómos*: norma), indistinción que se encuentra presente en Aristóteles, el estoicismo y la escolástica. Sócrates merece una mención especial por sus ideas en favor de las decisiones jurídicas de la comunidad —traducida inadecuadamente y por extensión ahistórica— como obediencia al derecho. Sócrates expresó tales ideas de un modo exquisitamente imparcial en relación con la sentencia que lo condenó a muerte, votada por una mayoría de 280 del Consejo de los 500 de Atenas. Sus argumentos, recogidos en el *Critón*, en su diálogo con el discípulo de ese nombre que lo animaba a huir para escapar de la sentencia, desarrollan los tres motivos fundamentales (Ruiz, 2002: 23) en los que se basa la defensa de la necesidad ética de obedecer las decisiones democráticas de la comunidad política. Así llegó Sócrates a la conclusión de que existen normas de conducta de validez absoluta que todos pueden conocer si se interrogan a sí mismos o contrastan sus juicios ajenos con buena voluntad. Su fe en la virtud del conocimiento era tal que lo condujo a un rigurosísimo intelectualismo ético: la moral se reduce al conocimiento del bien. Solo por ignorancia se comete el mal, porque en último término el bien se confunde con la utilidad bien entendida (Truyol y Serra, 1954: 93).

En Pitágoras, la justicia es forma de armonía que se aplica a todas las esferas de la realidad matemática, cósmica y moral. Sobre la esencia de la justicia y la función de esta dentro de la constitución de la polis, se informa que fueron de constante preocupación en Platón y Aristóteles. El primero dirá en *Gorgias* que la justicia es requisito indispensable para la felicidad, hasta el punto de que en boca de Sócrates se manifiesta: “El hombre injusto no puede ser feliz”, y en *La República* se considera la justicia como medio para restablecer una situación alterada o desequilibrada indebidamente. El segundo, en *La política*, propone la división de la justicia en distributiva y conmutativa, y valora la primera como “alta virtud”. En *La ética a Nicómaco* (Aristóteles, 1958: 49), el filósofo define la justicia como el hábito que

dispone a los hombres a hacer cosas justas; el justo será el observante de la ley y de la igualdad, dice, de donde se deduce que lo justo es lo legal y lo igual, y que todas las cosas legales son de alguna manera justas (Fuller, 1964: 14). Algunos están de acuerdo que por la experiencia es posible conocer y concurrir con lo que es malo. En cuanto a la conexión de control derecho-democracia representativa en el siglo XVII y su competencia legal, esclarecedoramente pregunta si alguna vez la comunidad política, cuando eligió el Parlamento, le dio un poder ilegal ilimitado y albedrío para contravenir sus propias leyes y reglamentos antes de que los hubiera derogado (Lilburne, 1645). La distinción entre moral del deber y moral de aspiración (Fuller, 1964: 11-21) va a ser clave para el derecho en cuanto, en los niveles de una moral de aspiración, el principio de utilidad marginal ejerce un papel cada vez más importante en las decisiones, pues al nivel del deber, cualquier cosa parecida al cálculo económico está fuera de lugar.

El derecho adoptaría para sus fines de usurpación la moral de aspiración y no la del deber. Un *ethos* del derecho cerca del principio de utilidad marginal dirá cómo a partir de la modernidad, la justicia toma otros cauces que distan de su construcción filosófica y se apartan de una cierta moral (política si se quiere, en sentido del bien común) que complementa la falsación circular sobre la cual se erige un poder dominante. Muchas definiciones del derecho se han puesto en contextos y momentos particularmente destacados, algunas de ellas, como el positivismo decimonónico asignadas por mandato legal (suele la ley imponerse por ella misma en una autoapelación por lo menos desconcertante a la lógica misma). Otras, desde los bordes de la expulsión epistemológica impuesta por la modernidad, continúa batiéndose por permanecer en la disidencia. Al parecer, cada época contextual expresa su propia idea del derecho, lo cual lo han entendido los filósofos de este saber disciplinar, como que todas esas acepciones son compatibles entre sí y valen dentro de su matriz cultural (Nieto, 2007: 13), recurriendo de nuevo a nociones iusnaturalistas como esta para consolidar el derecho dentro del positivismo; una contradicción no resuelta.

En la cultura occidental destaca el derecho como voluntad de Dios (antiguo testamento); participación en la idea de justicia (Platón); expresión de las leyes de la naturaleza humana (estoicos); como orden y paz (Agustín de Hipona); como espejo del orden divino del mundo (escolásticos); como hecho histórico (humanistas); como normas positivas (Bodino); como mandato del soberano (Hobbes); como fundamento de una constitución (Locke); como expresión de la razón pura (Spinoza); como expresión de la voluntad general (Rousseau); como expresión del espíritu (Hegel y los historicistas); como ideología de clase (Marx).

El derecho moderno prohíbe la síntesis entre poder constituyente y soberano, lo cual de suyo supone el servicio del derecho a los intereses del capitalismo y el nefasto papel que las escuelas de derecho y los juristas (en su mayoría) han desempeñado tras el ocultamiento del poder originario, del verdadero pueblo de la democracia: el *demos*. La nación y su papel como agente de exclusión social ha sido determinante. En una estructura construida sobre la ficción de la imposibilidad de convocar al pueblo —en el mito de las dificultades numéricas— las decisiones cruciales sobre el destino de lo público han sido usurpadas. En tal sentido, desde su génesis liberal el parlamento sustituyó el poder del pueblo y creó el fenómeno denominado nación, con lo cual devino la supremacía de la representación: “La soberanía reside esencialmente en la nación” postula el artículo segundo de la “Declaración de derechos del hombre y del ciudadano” en 1789. Entonces, el concepto de nación invierte la pirámide. Deja el poder del pueblo a merced del poder de la representación (Schmitt, 1931: 89-109). Dirá que esta otorga una peculiar dignidad a la persona del representante, ya que quien representa un alto valor no puede carecer de valor. Pero no solo se requiere que tengan valor el representante y el representado sino también el propio tercero, el destinatario, porque cuando el Estado se torna leviatán, desaparece el universo representativo. La tesis propuesta por Schmitt en el ensayo *Catolicismo romano y forma política* es que la modernidad pierde impacto sobre lo político por la ruptura misma de ese hilo, que en épocas pasadas —y hoy solo en el catolicismo de Roma— ponía en relación con la decisión política una idea exterior a ella misma. Es exactamente esta relación entre decisión e idea, poder, autoridad, acción y verdad, lo que entiende Schmitt por representación (Esposito, 1993: 43).

Pensar lo político sin presupuestos éticos ni principios organicistas no es otra cosa que determinarlo, limitarlo en su efectiva existencia, negarlo por medio de la norma fundamental y todas sus derivadas autorreferenciales. El derecho moderno niega la conexión con lo político porque es lo político lo que desnuda y lo revela usurpador y perverso. Si los hombres fueran buenos, dirá el derecho, pero al no serlo, es el derecho el que procura el bien y transforma el mal, el que contiene lo político para mantenerlo en la nada, en la inactualidad, oscurecido por la norma totalitaria, por el mito del contrato en su connotación individualista reinante que mantiene la ruptura del sujeto político. La norma limita el poder político, pero lo usa para declarar los universales y negar al pueblo. En ese eclipse del *demos* como potencia, enunciación y autogobierno, este es remplazado por los universales y la legitimidad sustituida y asimilada por el poder que integra los parlamentos. Esta es la democracia sin *demos* y su legitimidad la del liberalismo universalista.

En esa dimensión, el derecho moderno y su imposición son claves para que la verdad del poder constituyente *demos* sea diluida en códigos y procedimientos producto de la modernidad y del colonialismo, con la intención velada en el catálogo de “derechos” de 1789, de que el *demos* oculto no acceda al poder legítimo que representa en la verdad de la democracia. Entonces se inventa la noción vacía de nación y la llena de contenidos. Mientras, los ejércitos de abogados al servicio del capitalismo reproducen las estructuras dominantes y perpetúan la usurpación de ese poder; la exclusión del *demos* y con ello la garantía de victoria de la sociedad de consumo y de los poderes que lo animan y controlan está dada. La estructura de nación que prevalece, no obstante los discursos disfrazados del poder popular, positivizados en la mayoría de las constituciones latinoamericanas —con excepción de la boliviana, que consagra un Estado plurinacional, no homogéneo—, sirve entonces a tales intereses y, sin duda, son instrumento de dominación. Universales como Estado de derecho, validez, mercado, legalidad, derechos humanos, desarrollo económico, guerras preventivas son su expresión. La nación-Estado existe y tiene una presencia real en el mundo moderno, anclado a un origen y teleología particular: la democracia representativa. Sin esta carecería de valor político y normativo.

4. NOTAS DE CONCLUSIÓN

En efecto, como en el caso de un flautista, de un escultor o un artesano, y en general de todos los que tienen una obra o una función, el bien propio parece consistir en este *ergón*. Así debería ser también para el hombre en cuanto tal, si se admite que hay también para él un *ergón*, una obra propia. O bien se deberá decir que, mientras el carpintero y el zapatero tienen una obra y una función propias, el hombre no tiene ninguna. ¿Qué es, pues, por naturaleza *argós*, sin obra? (Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1097b, 22 ss.)

La enseñanza del derecho tendrá que entenderse desde texturas abiertas, en atención a las realidades humanas incluyentes hacia el *Homo sacer*, con las consecuencias que esta realidad conlleva, es decir, la ineficacia del derecho como saber si no está al servicio de los derechos de los más vulnerables. Sin este reconocimiento, la enseñanza del derecho es tan útil a la construcción social y de sujetos políticos, a la defensa de la vida humana —hoy en feria de falsos positivos en Colombia y de crímenes selectivos claramente políticos— como un mensaje pontificio en medio de cohetes asesinos de poderes imperiales, que amenazan la vigencia de los derechos desde todos los puntos cardinales.

Cuando se desanda históricamente, se constata que la democracia liberal está vacía, el sujeto político de la democracia, el *demos*, no existe más que en un ente semántico, si se quiere, en nombre del que se continúa construyendo ese universo particular. Si no se emancipa al *demos* como originario del poder, el derecho y su ejercicio no serán más que lacayos del sistema dominante. Los conceptos de soberanía y poder constituyente, que están en el centro de la tradición política, deben en consecuencia, repensarse. Uno y otro señalan el punto de indiferencia entre violencia y derecho, naturaleza y logos, propio e impropio y, como tales, no designan un atributo o un órgano del orden jurídico o del Estado, sino su propia estructura original (Agamben, 2001: 95). El problema se agudiza porque el desborde de optimismo en el constitucionalismo de finales del siglo XX, que igualmente desconoce al pueblo, no se puede comprender sino desde las lógicas del liberalismo. En nada transforma al derecho como emancipador, pues la verdadera constitución es el pueblo y no los poderes constituidos que reclaman e imponen el lugar de la verdad. En el caso colombiano, nueve personas reclaman e imponen esa verdad y el *demos* sigue oculto.

Sólo en el reconocimiento del *demos* como soberano constituyente puede darse la emancipación; únicamente por fuera de lo establecido como orden usurpador está el lugar del derecho, esto quiere decir, con la acción política. Estas discusiones llevan a comprender en qué consisten realmente las relaciones de poder y cómo el derecho ha sido su instrumento por excelencia. La enseñanza del derecho acrítico ha estado imponiendo una forma desviada que perpetúa esas relaciones, donde la verdad de la democracia se ha ocultado como al pueblo mismo.

La hiperproducción de textos de filosofía jurídica (basados en el conocimiento colonizador de la modernidad) pretende confundir, planteando la escisión (imposible) entre derecho y política. Herrera (2005) afirma que las cuestiones políticas, económicas y sociales se aducen desde el derecho como si pudieran solventarse con teorías de la justicia que, como tales, inciden —por supuesto, lo más débilmente posible— en los procedimientos de distribución de los derechos. Esto es fundamental para comprender que sólo es posible cualquier defensa de los derechos a partir del reconocimiento de que el primero de ellos es el derecho del *demos* a dejar de estar oculto, a ocupar el lugar de la soberanía que le corresponde. En ese sentido, Herrera (2005) sostiene que desde el inicio hay que reconocer, que hablar de derechos humanos requiere no sólo hacerlo de distribuciones, más o menos justas, sino, así mismo y fundamentalmente, de relaciones de poder que funcionan oprimiendo, explotando y excluyendo a muchos

colectivos de personas que exigen vivir dignamente. Estas reducciones conceptuales, reflexivas y seudodistributivas funcionan, no tanto como construcción de condiciones para la eliminación de tales injusticias, opresiones y exclusiones, sino como mecanismos de captura de nuestras capacidades de lucha por el acceso generalizado e igualitario a los bienes exigidos para poder llevar adelante una vida digna de ser vivida. Frente a tales propuestas teóricas e ideológicas, se necesita desde el principio afirmar la diferencia y proponer otras vías.

Una de las manifestaciones del derecho moderno es su constante reconstrucción a partir de la relación con las múltiples expresiones del capitalismo y su presencia usurpadora del poder político. Solamente desde una democracia que no dicte el derecho sino que lo reconozca y contenga, es posible pensarlo emancipador. Incluso esa reflexión sin acción, sin lugar de enunciación que lo emancipe, es inútil. Transformar el monismo jurídico acción política, reivindicar el *demos* desde su potencia, su poder constituyente, es una tarea por fuera del derecho dominante.

Es necesario abrir el debate político desde la acción política en cuanto presupuesto del ser colectivo. Si esto es así, el derecho será una construcción resultante del *demos*. Esta propuesta destuerce el derecho y lo sitúa en una dimensión al servicio de la vida y no de una democracia capitalista, de modo que en ese espacio la defensa de los derechos y el derecho mismo, puedan ser la máxima expresión como principio articulador, para que deje de contribuir a las diversas formas de totalitarismo.

BIBLIOGRAFÍA

- Arendt, H. 2005 *La condición humana* (Barcelona: Paidós).
- Espósito, R. 2012 *Diez pensamientos acerca de la política* (Argentina: Fondo de Cultura Económica).
- Foucault, M. 2007 *Nacimiento de la biopolítica* (Argentina: Fondo de Cultura Económica).
- Fuller, L. 1967 *La moral del derecho* (México, D.F.: Editorial Trillas).
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. 2001 *El federalista* (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica).
- Hartz, L. 1955 *La tradición liberal en los Estados Unidos: una interpretación del pensamiento político estadounidense desde la guerra de Independencia* (México: Fondo de Cultura Económica).
- Meyer, E. 1955 *El historiador y la historia antigua* (México: Fondo de Cultura Económica).
- Nieto, A. 2007 *Crítica de la razón jurídica* (Madrid: Trotta).
- Nino, C. 1983 *Introducción al análisis del derecho* (Barcelona: Ariel Derecho).

- Nino, C. 1994 *Derecho, moral y política* (Barcelona: Ariel Derecho).
- Pisarello, G. 2012 *Un largo termidor* (Ecuador: Ediciones V&M Gráficas).
- Rancière, J. 2007 *El odio a la democracia* (Buenos Aires: Amorrortu/ Editores).
- Rosanvallón, P. 2006 *La democracia inconclusa* (Colombia: Ediciones Santillana).
- Ruiz Miguel, A. 2002 *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo* (Madrid: Editorial Trotta S.A.).
- Sieyès, E. 1989 *Qué es el tercer Estado* (Madrid: Alianza Editorial).
- Teubner, G. 2005 *El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho* (Alemania: Ediciones Dieter Grimm).
- Truyol, A. y Serra, A. 1953 *Historia de la filosofía del derecho: de los orígenes a la baja Edad Media* (Madrid: Manuales de la Revista de Occidente).
- Yungano, A. 1983 *Ensayo sobre la evolución de la idea de justicia* (Buenos Aires: Ediciones Machhi).

ELEMENTOS PARA UMA TEORIA MATERIALISTA DO ESTADO LATINO-AMERICANO

Luiz Ismael Pereira*

*Esta existencia particular del estado no es entonces
un asunto simple y obvio, aún en una sociedad
de clase.*

(Müller e Neusüß, 2017: 216).

INTRODUÇÃO

Para compreender fenômenos jurídicos e políticos na América Latina como a transnacionalização do capital, a mundialização dos interesses privados e o sistema de Estados capitalistas, é necessário pensar a partir de uma Teoria materialista do Estado e do direito, sem o que a reprodução de conceitos eurocêntricos já inicia fadada ao fracasso. Assim, parte-se do pressuposto da inexistência de uma resposta válida de modelo de Estado a partir da teoria clássica para a realidade latino-americana (Pereira, 2013: 566-567).

Para tais objetivos, o debate da derivação do Estado (*Staatsableitungsdebatte*) com base no materialismo histórico é de grande valia, não por construir um conteúdo eurocêntrico, mas por fornecer bases para construí-lo a partir da realidade da região¹. Eis o ponto de partida de uma Teoria Materialista do Estado Latino-americano.

* Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV). Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Membro do GT CLACSO Pensamiento Jurídico Crítico.

1 Sobre seu contexto histórico, político e teórico: Altvater e Hoffman, (1990: 135-141); Caldas, (2015: 39-82).

Parte-se de questões básicas: a primeira, pela especificidade das formas sociais que constituem diferentes espaços geográficos; e, a segunda, pelas fortes mudanças introduzidas com a mundialização dos interesses do capital (Bercovici, 2004: 265; Pereira, 2013: 566-567; Erkert e Pereira, 2013: 142-147; Evers, 1989: 9).

De modo geral, a construção da teoria política a partir do método materialista compreende a derivação da forma política e jurídica a partir da forma mercantil, uma relação de fatos sociais que são construídos historicamente a partir da separação entre Estado e Política.

A teoria materialista do Estado, desenvolvida a partir da compreensão da derivação das formas mercadoria, política e jurídica tende a dar conta da complexidade das relações político-estatais e não-estatais.

O debate da derivação do Estado, com base nos textos marxianos de maturidade e na teoria jurídica de Evgeni Pachukanis (2017), encontra-se neste caminho. Cabe, então, a compreensão das críticas ao modelo dos filósofos clássicos da teoria do Estado, bem como à derivação simplesmente derivação lógica do capital para lançar caminho para a compreensão de uma teoria materialista do Estado com base em uma ciência histórica (Altvater e Hoffman, 1990: 151-152; Caldas, 2015: 150-157; Hirsch, 2010: 20-22; Mascaro, 2016: 34-37). Isso permitirá a leitura das experiências que vem sendo desenvolvidas na América Latina como alternativas para a transposição de conceitos políticos e jurídicos².

Os intelectuais marxistas do debate alemão serão movidos pela inquietude de quem não via os reais instrumentos para a compreensão da estruturação e atuação do Estado no capitalismo, nem nas teorias clássicas, nem mesmo no marxismo revisionista. Como veremos adiante, eles propõem elementos teóricos que constituirão a própria teoria materialista do Estado, a partir das especificidades histórico-culturais próprias do capitalismo.

Assim será pensada a teoria materialista do Estado. Nas palavras de Joachim Hirsch (2010: 19), “[ela] não é uma construção teórica fechada. Ao contrário, ela compreende análises bem diferenciadas. O que elas têm em comum é a referência, sempre específica, ao materialismo histórico desenvolvido por Marx e à sua crítica da economia

2 Exemplos são os modelos de populismo enquanto realidade necessária da política (Laclau); lutas sem a participação popular no aparelho estatal (Holloway e o zapatismo); ou mesmo a utilização dos aparelhos ideológicos com o fim de dar materialidade aos interesses populares (Linera e todo o movimento do novo constitucionalismo latino-americano).

política”. Mais adiante afirma (Hirsch, 2010: 31): “A ‘derivação do Estado’ não constitui, assim, nenhuma teoria do Estado pronta, porém apresenta o seu ponto de partida fundamental”.

Assim, o objetivo do presente artigo é compreender a possibilidade da construção de uma teoria materialista para compreender o Estado Latino-Americano. O problema que movimenta a pesquisa está na possibilidade (ou não) de pensar a região sem cair nos problemas de transposição de categorias de uma outra realidade para a leitura de uma materialidade rica e própria. Inicialmente, propõe-se, como hipótese, a insuficiência do modelo clássico de Estado e, então, a necessidade de busca de uma teoria materialista que dê os contornos metodológicos necessário para a leitura da América Latina.

1. UM MODELO LATINO-AMERICANO

O Renascimento europeu, com toda significação revolucionária que trouxe para o conhecimento político e filosófico, encarregou-se de espalhar pelo mundo as ideias modernas de Estado. As invasões do que se tornaria o Continente Americano foram fundamentais para isso. Tratou-se de uma estratégia de desestabilização das nações conquistadas. A partir de então, “o Estado como forma de dominação”, com todo o “aparato de poder autônomo e centralizado, separado da ‘sociedade’ e da ‘economia’” passa a popular a produção intelectual (Hirsch, 2005: 165). A colonização da América Latina se forjou por ações europeias como centro político. A formação do Estado europeu está entrelaçada por séculos de relações históricas entre classes que, na América, só desembarcou com as invasões.

Esse talvez seja o principal ponto de passagem da ideia tradicional de Modernidade para uma nova concepção, nessa já incluída a América. A invasão do Continente que criará as condições para formação dos valores políticos na Europa: a totalização colonialista, genocídio, exploração, evangelização e dominação darão os arcanos do *ego conquiro* e, ainda, o *ego extermino*, sendo “a conquista do México foi o primeiro âmbito do ego moderno” (Dussel, 2005: 28. Ainda: Grosfoguel, 2013: 41-50; Pereira, 2013: 563).

Para Enrique Dussel o solipsismo próprio da separação entre sujeito e objeto, somente surgirá nos sistemas filosóficos (positivistas) com René Descartes, em 1637 (“penso, logo existo”). A nova filosofia da subjetividade passa a reconhecer um mundo corpóreo separado do sujeito. A consciência, a partir desse ponto, passa a dar atenção, tanto para si, como para o objeto e, ainda, para a consciência do objeto. O mundo passa a ser reconhecido e existe a partir da consciência da subjetividade.

Por isso, para Dussel haveria uma antecipação em cerca de um século do cogito cartesiano. Como observado por Edgardo Lander

(2006: 206), o racionalismo surge como “perspectiva de conhecimento sustentada sobre o dualismo radical cartesiano, que se converte em uma total separação entre ‘razão/sujeito’ e ‘corpo’, a partir da qual o ‘corpo’ foi naturalizado, fixado como ‘objeto’ de conhecimento, por parte da ‘razão/sujeito’”. A Europa passa a reconhecer sua posição histórica, sua diferença com o ameríndio, bem como da existência daquele e de suas riquezas que caracterizam a exploração da América. O sujeito que reconhece a existência de um Outro: a distância entre o mesmo e o diferente surge, para Dussel, a partir da realidade já observada com as invasões da América.

A técnica e a contingência dão ao mundo o conhecimento de novas questões incorporadas pelo filósofo³. A partir de novas considerações ou de novos objetivos considerados, há mudanças impactantes no que e como pensar. Isso vem ao encontro da tese aqui apresentada: a experiência de dominação sobre povos e terras latino-americanos causará um motivo para se pensar na dominação do objeto pelo sujeito.

O direito e a política se encarregaram de espalhar as ideias renascentistas e pós-renascentistas para o mundo. Em regra, ideias estas que se concentraram num Estado centralizado e organizado segundo um contrato social, racionalizado pela atuação técnica do governante, focado na realização das liberdades individuais. A partir de então, “o Estado como forma de dominação”, com todo o “aparato de poder autônomo e centralizado, separado da ‘sociedade’ e da ‘economia’” passa a popular a produção intelectual (Hirsch, 2005: 165).

O centro de produção capitalista, a Europa, implementou uma eficiente forma de dominação com a colonização: entrelaçou a [com] formação dos novos Estados de acordo com sua formação econômica. Assim, os países da América “deveriam assegurar o monopólio da força sobre a totalidade do território, terminando com aborígenes e forças *irregulares* que provinham de expressões locais derrotadas” (Thwaites Rey e Castillo, 2008: 28). As metrópoles “desenvolviam-se economicamente à custa da periferia colonizada” (Hirsch, 2010: 93).

Um dos problemas para o desenvolvimento de uma nova Teoria do Estado Periférico, e aqui se destaca a deficiência brasileira, reside na dificuldade de libertação do fetichismo residente no juspositivismo ético. A propósito, como destaca José Luís Fiori (1995: 1), fica clara essa demora na libertação, pois “pelo menos até os anos 60, a reflexão

3 “Os filósofos, porém, neste longo período de Descartes até Hegel e de Hobbes até Feuerbach, de modo nenhum foram impelidos para diante apenas, como acreditavam, pela força do puro pensamento. Pelo contrário. O que, na verdade, os impeliu para diante foi, nomeadamente, o progresso poderoso e sempre mais rapidamente impetuoso da ciência da Natureza e da indústria”. (Engels, 1982: 378-421).

sobre o Estado na América Latina teve uma conotação predominantemente ideológica ou estratégica, sendo pequeno o espaço dedicado aos estudos descritivos, às análises histórico-comparativas ou à sua conceituação teórica”.

Apegamos sobremaneira à dicotomia Constituição-realidade, depositando no Poder Judiciário, tanto a guarda da Constituição – seja por meio do modelo de controle de constitucionalidade das normas estadunidense, seja o austríaco kelseniano –, quanto das realidades sociais que devem, segundo a tradição, adequar-se ao ideal constitucional. A teoria do Estado está, assim, invertida: do ideal para o real, segundo o sistema proposto (Bercovici, 2004: 264).

Conforme Bercovici propõe (2004: 265), “a Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país”, sob pena de entrar no equívoco da colonização do imaginário do Estado. Sendo que “a existência histórica e concreta do Estado soberano é pressuposto, é condição de existência da Constituição” (Bercovici, 2004: 267), somente uma teoria materialista será legítima para a configuração dos institutos ligados às Funções do Estado. Essa teoria materialista do Estado enxerga criticamente a formação do Estado como um complexo de relações sociais, bem como os meios necessários para superá-lo. Como visto, compreende e parte do pressuposto da separação entre “Estado” e “sociedade”, “público” e “privado”, “economia” e “política” para entender suas formas de dominação que se diferem das anteriormente observadas na história. Como diz, Hirsch, “deve ser entendido, até certo ponto, como resultado da luta de classes que operam sobre os agentes, ou seja, da luta pelo sobreproduto” (Hirsch, 2010: 24).

Não à toa, a teoria materialista do Estado, produzida segundo os estudos marxistas, tem ganhado espaço na produção latino-americana. Embora o marxismo e toda teorização socialista também sejam europeus, apenas nos dão *a forma* para dar o primeiro passo na construção da realidade política, nunca o *conteúdo*: a crítica, a dialética e o materialismo histórico, com o fim de entender as especificidades sociais e delas partir (Evers, 1989: 10).

Esses impasses colocam a necessidade de um giro para a redescoberta de uma teoria de acordo com nossa realidade de colonização e de exploração, que não cessa de se aprofundar. Essa situação de dependência do poder público em relação ao mercado, intensificou-se com a abertura econômica dos países latino-americanos no final dos anos 1980. O Estado tendo um papel importante na estrutura da subjetividade dos povos latino-americanos, por esse turno, deve ser pensado a partir de tal realidade, pois para essa

região “as instâncias estatais que condensam estes processos constituem aparelhos poderosos que dia a dia influem em suas vidas e determinam seu futuro” (Evers, 1989: 7).

É essa libertação intelectual, ou autonomia do Estado Latino-americano que temos de ter em mente frente à necessidade do desenvolvimento. Autonomia que é perdida tanto por forças externas ao Estado, ainda mais na época da globalização de mercados e de sua autorregulação (vide o espasmo da crise econômica mundial de 2008), bem como das próprias pressões internas de movimentos sociais e ações coletivas que sejam liderados, ideologicamente, pelo mercado, sem contar, por óbvio, com os desvios criminosos próprios da democracia.

2. QUESTÕES DO DEBATE DA DERIVAÇÃO PARA PENSAR A AMÉRICA LATINA

A preocupação com a retomada de Marx para pensar a especificidade histórica do Estado no capitalismo surge a partir da repercussão, no marxismo e na teoria do Estado, de autores como Poulantzas (estruturalismo) e Miliband (instrumentalismo). Para o conceito que surge no debate entre os autores, o Estado é enxergado, inicialmente, como instrumento da classe dominante. Ou seja, havia esvaziamento do papel capitalista do Estado, pois sempre teria o *conteúdo* dado pela classe que se posicionasse como hegemônica no cenário político. Para Holloway e Picciotto (1978: 1), participantes do momento inglês do debate da derivação, tal análise é “inadequada” caso pretendamos construir “um entendimento do desenvolvimento político e as possibilidades da ação política”.

Como apontam os autores, um dos grandes deslizes teóricos de Poulantzas e Miliband – aproximando as duas concepções – é o fato de negarem *O capital* como obra fundamental para a compreensão do Estado. Para ambos, “*O capital* é principalmente (embora não exclusivamente) uma análise do ‘nível econômico’ e os conceitos desenvolvidos lá (valor, mais valor, acumulação, etc.) são conceitos específicos para análise daquele nível”. Vale lembrar, como apontam, que o debate da derivação, indo adiante, passa a compreender que a análise d’*O capital* é fundamental para a compreensão de toda a sociabilidade capitalista, não apenas o nível econômico, isso porque se trata de uma crítica da economia política. Os conceitos lá desenvolvidos e listados acima, serviriam para “iluminar a estrutura do conflito de classes na sociedade capitalista e as formas e concepções (econômicas ou não) geradas por aquela estrutura” (Holloway e Picciotto, 1978: 4).

Ao retomar para *O capital*, os autores do debate alemão retomam a concepção do Estado como derivado da própria dinâmica de acumulação que surge a partir do modo de produção capitalista

atravessado pela dinâmica histórica da luta de classes. Aqui delimitamos a impossibilidade de transferência imediata, ou *lógica*, das questões econômicas que envolvem o desenvolvimento do capitalismo, enquanto modo de produção, para a formação do Estado. Sobre os ganhos teóricos do debate alemão, Alfredo Saad Filho aponta que aquele “demonstrou que é *impossível* conceitualizar o Estado capitalista de forma puramente lógica, partindo das contradições da mercadoria, pelo menos se se busca evitar o funcionalismo e o reducionismo” (Saad Filho, 2011: 31).

Dentre tais ganhos, pensar o Estado capitalista significou pensar sua *forma política*, o que efetivamente o diferenciaria, não seu conteúdo de classe. Nesse momento vale lembrar que forma política, forma mercadoria e forma jurídica, ou seja, formas sociais, são condições concretas de sociabilidade construídas historicamente e que pressupõem uma sociabilidade, pois a condicionam dentro de determinados objetivos que tomam a sociedade nas mãos, independentemente de sua vontade, tomando consciência disso ou não (Hirsch, 2007: 14). Nas palavras de Marx (2013: 122 e 240), o modo de produção está relacionado a “um processo social que ocorre pelas costas dos produtores e lhes parecem, assim, ter sido legadas pela tradição”. Por isso, Hirsch aponta para o papel da forma como um meio de *conformação* da sociabilidade capitalista “independente de sua vontade e de sua ação consciente” (Hirsch, 1990: 146; Hirsch, 2017: 514-515), ligado ao segredo maior do próprio sistema: a reprodução dos meios de produção.

Como nos lembra Hirsch (2004: 17) “Estado’ e ‘forma política’ não são idênticos”. Esse só poderá ser entendido no “contexto da totalidade de suas determinações sociais, ou seja, como expressão da forma valor e da forma política”, onde também incluímos a forma jurídica. Retomando, o Estado, portanto, tem suas condições de surgimento quando é garantida uma sociabilidade que reproduza seus próprios meios necessários de subsistência, o que somente será possível no capitalismo.

O que Hirsch pensará como a figura “Estado”, está ligada a uma figura específica: “o aparelho centralizado de força” (Hirsch, 2010: 22). Essa figura não existiu desde sempre e nem seria necessária. Nas Idades Antiga e Medieval, diversas formas de governo foram estabelecidas: impérios, principados, ditaduras, até mesmo sociedade comunitárias sem governo centralizado se estabeleceram. O que Hirsch aponta é que a figura que tomamos como o Estado moderno só pode ser pensado a partir da sociabilidade capitalista, pois “representa uma de suas características fundamentais” (Hirsch, 2005: 165).

Na Antiguidade, prevalecia uma relação de trabalhos forçados por meio da força, de maneira direta. Sem dúvidas uma parcela da

população era livre e trabalha por meio de um valor, o que não os caracterizava como trabalhadores assalariados (Bürge, 1990: 107-116)⁴. Em tais sistemas econômicos escravistas, “a própria força de trabalho é vendida franca e livremente, sem rodeios”, levando o próprio Marx a chamar de absurda a afirmação de que “no mundo antigo, o capital estava plenamente desenvolvido, ‘carecendo apenas do trabalho livre e de um sistema de créditos’”, pois, como se sabe, o capital necessita da mercantilização da força de trabalho e, para tanto, “seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa” (Marx, 2013: 242 e 612).

No feudalismo, em regra, o trabalhador detinha a posse dos meios de produção, a própria terra que habitava e plantava, mas ainda assim tinham uma relação de dominação com o senhor feudal. Como lembra Ellen Wood (2000: 13), a apropriação do excedente desse trabalho realizado pelo servo, no feudalismo, era realizada “pelo que Marx chamou de meios ‘extra-econômicos’ – quer dizer, por meio de coerção direta, exercida pelos senhores rurais e/ou Estado (sic), pelo emprego de força superior, acesso privilegiado aos poderes militares, judiciais e políticos”⁵. Como finaliza, a marca fundamental de diferença entre as sociedades pré-capitalistas e capitalistas: não uma origem ou predominância rural ou urbana, mas a forma de dominação direta que determinará a forma de apropriação do ganho.

É verdade que diversos “tributos” eram pagos durante o feudalismo, o que poderia pressupor uma sociabilidade centra na figura do Estado, mas suas finalidades e formas eram distintas das atuais. Obviamente, a experiência europeia feudal, como a capitalista até os dias atuais, não se desenvolve da mesma forma, sob um mesmo modelo importado. É necessário compreender que a forma como se dará a economia de servidão na França, por exemplo, se dá de forma diversa dos territórios italianos ou da Polônia, para falar da História Ocidental (Wickham, 1984: 29-30; Whickham, 2007: 41).

Quando Polanyi apresenta o cenário de surgimento do capitalismo, o “moinho satânico” que mói os ossos e sangue do trabalhador, relembra que para essa passagem houve a necessidade de “um princípio organizador de uma sociedade engajada na criação de um sistema

4 Também sobre a leitura de Marx e Engels no *Manifesto Comunista* acerca das relações sociais na Antiguidade: Funari, 1998: 106-114.

5 Também: Le Goff, 2007: 57. Este será o cenário que dará nascimento a uma estrutura tríade na modernidade (capitalismo-Estado-direito) a partir das modificações estruturais na centralização do poder político, primeiro no Absolutismo, depois no Liberalismo.

liberal” (Polanyi, 2012: 35 e 151)⁶. Os cercamentos ingleses, durante os séculos XVI e XVII, redundando no fim dos chamados *open fields* e *common lands*, a força de trabalho dos pobres se tornou sua única propriedade (Marx, 2013: 306-313; Pereira, 2014: 193).

Pela teoria materialista que toma o caráter histórico de surgimento do Estado, seria anacrônico, “impreciso, se não confuso”, nas palavras de Hirsch (2005: 165), falarmos em “Estado antigo” ou “Estado medieval”. O “Estado”, e conseqüentemente os aparelhos que o acompanham, “como forma de dominação”, só é possível falar em data recente, quando esses mesmos aparelhos se separaram formalmente do poder econômico. O Estado moderno surge como “poder autônomo e centralizado, separado da sociedade e da economia e, com isto, diferenciação ‘política’ e ‘economia’ como esferas funcionais da sociedade”.

Essa marca de separação relativa entre política e economia, ou, nas palavras de Hirsch (2005: 168), “a separação e vinculação simultânea da política e da economia” marcará o surgimento do Estado. Pachukanis, referencial da crítica jurídica para o debate alemão (Holloway, 2017: 41; Hirsch, 2005: 167; Hirsch, 2010: 28 e 107; Caldas, 2015: 150-157; Holloway e Picciotto, 1978: 18; Blanke, Jürgens e Kastendiek, 2017: 616; Sumner, 1981: 77), destaca que a relação entre público e privado na Antiguidade e na Idade Média, em regra, não era bem delimitada. A paz obtida pelos comerciantes para atividades econômicas em determinado território era concedida pelo senhor feudal com objetivos de aumentar sua própria riqueza. Esse senhor, “fiador da paz indispensável para os contratos de troca” assume um papel público concedido pela força física que exerce (Pachukanis, 2017: 141).

Obviamente, não é possível fechar os olhos para o fato de que o capitalismo e a forma mercantil tomam, nos meios de produção, a forma necessária para que a reprodução da sociabilidade aconteça, mesmo que a primeira vista não pareça propriamente capitalismo. A existência de formas de dominação que se apresentem de maneira direta possam confundir quanto a formação social dominante, isso não descaracterizará o capitalismo. Essa foi a conclusão tirada por Pachukanis a partir de Marx (1986: 313-314).

Isso significará que é possível a existência de relações escravagistas e servis mesmo no modo de produção dominante capitalista. Isso não deixa de caracterizar o capitalismo como um modo de produção marcado pela exploração indireta, a mediação do Estado e

6 Sobre a jornada de trabalho extenuante nas origens do capitalismo industrial, ver: Marx, 2013: 305-374.

da forma política e desapropriação dos meios de produção por uma classe. Inclusive na América Latina houve um modo de produção baseado fortemente no trabalho escravo, sem deixar de ser dependente do capitalismo como modo predominante (Erkert, 2013: 134; Erkert, 2015: 223-231).

No caso das civilizações pré-colombianas, as quais se encontravam num grau de desenvolvimento avançado, estas possuíam tradições e estruturas econômico-sociais que necessitavam ser absorvidas pelos Estados que se formariam nos séculos seguintes. Isso para a correta reprodução do capital, ou mesmo para a manutenção do grau de exploração dos povos. O primeiro aspecto disso era o fornecimento de mão-de-obra, em sua maioria escrava ou servil, para a pilhagem dos territórios invadidos.

Os espanhóis, aproveitando-se do conhecimento e da relação do pré-colombiano com as terras e a natureza locais, promoveu a exploração do capital excedente extraído daquela sociedade. Os meios mais eficazes encontrados foram uma proto-forma de instituições jurídicas: a *encomienda* e o tributo. No primeiro caso, tratava-se de um contrato de trabalho firmado entre indígenas e espanhóis para a exploração e comercialização do ganho extraído, mas um contrato formal, pois se tratava de uma forma de exploração servil (Léon-Portilla, 2012: 44).

A existência de tal “contrato” – que só pode ser entendido entre aspas – não deixava de lado a natureza política de vassalagem entre indígenas e *encomenderos*. A comunidade do qual provinha o trabalhador era obrigada a sustenta-lo na *encomienda*. Essa situação tenderia a agravar ainda mais a situação de pobreza dos povos já conquistados, “porque as aldeias precisavam produzir um excedente que era transferido aos *encomenderos*, e não recebiam em troca qualquer benefício” (Florescano, 2012:162). Mas essa situação não perdurou para dentro do século XVII, pois os ganhos com essa estrutura de exploração eram diminutos frente a atividades de outras colônias, em especial a agricultura, a pecuária e a mineração. Para tais atividades, porém, embora já explorando e escravizando negros africanos, a Espanha manteve com maior intensidade a mão-de-obra indígena local.

Importante destacar que havia diversos outros institutos para aquisição de mão-de-obra que, nas palavras de Murdo MacLeod (2012: 225) importou na Espanha “adotar as instituições funcionais existentes e a alterá-las gradativamente à medida que as circunstâncias o exigissem”. É o caso da *encomienda* e do *repartimiento*, instituições espanholas, sendo que a última se utilizou das formas de recrutamento de trabalhos já existentes, como o *coatequitl* (México), a

mita (Peru) e os alquileres ou concertajes, traduzindo-se em aquisição de “um corpo de trabalhadores que, na prática, não tinham virtualmente nenhuma liberdade de movimento” (Florescano, 2012: 165)⁷.

Eis, nas palavras de Hirsch (2005: 167) o quadro teórico-histórico que servirá de núcleo duro de uma teoria do Estado que se pretenda materialista: “Esta sequência argumentativa constitui algo assim como o núcleo da “derivação” materialista do Estado”.

O marxismo foi colonizado pelos ideais do chamado *socialismo jurídico*, segundo o qual haveria uma possibilidade de construção socialismo a partir da forma jurídica burguesa, ou capitalista (Engels e Kautsky, 2012: 21 e 47). Para Engels e Kautsky, as reivindicações jurídicas que levem em consideração os interesses de classe só podem ser construídos quando essa classe está no poder. Assim, como explica Márcio Bilharinho Naves, o que quiseram deixar claro é que a luta não pode ser construída com base, apenas, nos ganhos jurídicos que uma classe possa ter, como o direito de greve, salário etc. O poder político necessita ter sido alcançado para, então, ganhos serem acrescidos à condição do proletariado até que se ultrapasse os malefícios da forma valor e se extinga a forma jurídica. “Portanto, não autorizam um projeto reformista fundado no atendimento de demandas jurídicas no quadro da sociedade burguesa” (Naves, 2012: 15-16).

Outra não pode ser a interpretação feita a partir de um Marx maduro que deixa de lado a ilusão ideológica de identificação do direito com um valor de justiça, o que desconsideraria a real determinação das relações econômicas sobre a superestrutura social. Como reafirma Marx (1974: 112), “cada forma de produção cria suas próprias relações de direito, formas de governo, etc.” Disso decorrerá que a forma jurídica será criada pela forma de produção com objetivos específicos de perpetuar a exploração que a funda. Essa mesma exploração é a resultante de uma luta de classes fundada pela burguesia na modernidade. Essa “união orgânica” é a do direito e dos direitos com essa força motriz: a luta de classes.

7 Uma advertência deve ser feita. Embora institutos ligados à servidão e escravidão já existissem na América pré-colombiana, a dinâmica era bem diferente. Isso prova como a apropriação era reconfigurada, ainda que não possamos falar na existência de um capitalismo acabado, mas sim de puro mercantilismo. É o caso da Mesoamérica, onde a dinâmica era bem diversa da escravidão que já se observava no Mundo Antigo europeu e a promovida pelas navegações dos séculos XV e XVI. “Na Mesoamérica a escravidão era muito diferente da que predominava no mundo europeu. Na época dos mexicas, um escravo era vendido por tempo limitado: o próprio escravo, ou seus parentes, podiam resgatá-lo. Os filhos de escravos não eram considerados escravos. Por outro lado, tornar-se um escravo incluía o risco de ser escolhido para o sacrifício humano, pois o senhor tinha o direito de oferecer seus escravos para esses rituais” (León-Portilla, 2012: 51).

Essa posição sobre a relação estrutural entre direito e relações de produção capitalistas foi mantida por Engels, o qual, em correspondência datada de 14 de julho de 1893 a Franz Mehring, deixou claro: “E esta ilusão [*Schein*] de uma história autônoma das constituições do Estado, dos sistemas do Direito, das representações ideológicas em cada domínio particular, que, antes de tudo, cega a maioria das pessoas”.

O direito em momentos de crise financeira vem em socorro do capital e do núcleo duro do pensamento capitalista: o sujeito de direito. O capital, necessitando circular, determina a concessão de direitos, ao mesmo tempo em que também permite a sua retirada. Fato é que o neoliberalismo acompanhou uma política de mitigação do bem-estar social, culminando no alargamento da crise dos anos 1970. A filosofia conservadora do direito limitou-se, nesse ínterim, a focar-se no sujeito de direito sem levar em consideração outros fatores materiais da luta de classes. Ela foi cúmplice com o neoliberalismo, exatamente, porque o direito acompanha o momento histórico que convém ao desenvolvimento do capital.

O Estado, e nesse caminho também as experiências latino-americanas muitas vezes tidas como soluções populares, utiliza-se de uma experiência real para a atuação da ideologia jurídica no campo material. “Agir por leis e decretos no Aparelho (repressivo) do Estado é outra coisa que agir através da ideologia dominante nos Aparelhos Ideológicos do Estado” (Althusser, 2012: 70-71). Afinal, “a ideologia não é nada, portanto, sem a sua prática (coercitiva) que exige todo um aparelho de repressão” (Thévenin, 2010: 55).

Pachukanis, não fica limitado, unicamente, ao campo de análise da ideologia. “A tarefa não consiste em aceitar nem recusar a existência de uma ideologia jurídica (ou da psicologia), mas em demonstrar que as categorias jurídicas não têm nenhum outro significado além do ideológico”. O que é necessário, prossegue, é demonstrar que para esses conceitos [jurídicos gerais], é de certo modo impossível revelar a realidade social mistificada” (Pachukanis, 2017: 87-88). Deve-se olhar para o mundo exterior para questões concretas, um mundo de realidades, colocando a discussão em outro nível.

O direito é reflexo de outra relação social, essa que se pretende esconder por debaixo da forma jurídica: “essa é a relação entre os proprietários das mercadorias” (Pachukanis, 2017: 95), diferentemente da filosofia jurídica burguesa, para a qual o direito é um ideal, ou forma ideal, eterna, perene e apreendida universalmente. Será essa filosofia que ignorará tal relação social que funda e justifica o direito, criando teorias da justiça que não leem a realidade material, mas teoriza a partir da consciência.

Pachukanis (2017: 121), quando caracteriza a sociedade capitalista como sendo, essencialmente, uma sociedade de proprietários de mercadorias, deixa clara a função da ideia de sujeito de direito: “O vínculo social da produção apresenta-se, simultaneamente, sob duas formas absurdas: como valor de mercadoria e como capacidade do homem de ser sujeito de direito”. A mercadoria que serve ao capitalismo como *leitmotiv*, para que circule, necessita do padrão de equivalência. Sem ele, não há a igualdade na troca.

A equivalência se dará pelo valor de troca. “É a ideia de equivalência decorrente do processo de trocas mercantis que funda a ideia de equivalência jurídica” (Naves, 2008: 20). O espanto não é legítimo quando se tem em mente a íntima relação entre Direito, Estado e Capitalismo.

Essa igualdade garante ao capital sua circulação. Isso que Celso Naoto Kashiura Jr. chamará de “imperativo da forma mercadoria” é o que força a adoção da igualdade jurídica. O pior de tudo é que tal meio de equiparação, além de ser formal, impede qualquer questionamento. É um “dado”, um dogma, e, como tal, não comporta discussões (Kashiura, 2009: 208-210).

Que a mercadoria é a forma elementar do modo de produção capitalista, Marx já comentou na abertura de *O capital*. Pachukanis (2017: 70), no mesmo sentido, percebe que “a sociedade capitalista é, antes de tudo, uma sociedade de proprietários de mercadorias”. Por ambos não apenas descobrimos o ponto nevrálgico da sociedade capitalista, a saber, a mercadoria, mas que sem os sujeitos que são reconhecidos como seus proprietários não haveria momento e local para a circulação da própria mercadoria. “As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias” (Marx, 2013: 159). Mas, qual seria então, a forma elementar da análise jurídica desta mesma sociedade capitalista?

“Assim, o vínculo social, enraizado na produção, apresenta-se simultaneamente sob duas formas absurdas: por um lado, como valor de mercadoria e, por outro, como capacidade do homem de ser sujeito de direito” (Pachukanis, 2017: 71-72). Dessa forma, identifica-se que o sujeito de direito está para a forma jurídica abstrata, assim como a mercadoria está para a forma mercantil capitalista. A determinação do sujeito jurídico enquanto categoria própria, elementar e necessária ao direito burguês só pode ocorrer na sociedade capitalista. “O sujeito é o átomo da teoria jurídica, o seu elemento mais simples, que não se pode decompor” (Pachukanis, 2017: 68). Sem a necessária identificação estabelecida entre os indivíduos como sujeitos, a mercadoria como objeto não poderia ser submetida àqueles: “O fetichismo da mercadoria se completa com o fetichismo jurídico” (Pachukanis, 2017: 75-76).

Esse “portador imutável de direitos” possui a capacidade jurídica para contratar, adquirir bens, alienar sua força de trabalho por mais direitos, sempre baseado na fórmula burguesa de igualdade e liberdade. O sujeito é fruto da época moderna com o nascimento da consciência de classe burguesa em oposição ao sistema de privilégios existente na Idade Média. Dizer que não existia a figura de sujeito de direito nessas formações sociais pré-capitalistas explica a afirmação de não existir propriamente um direito antes da era moderna.

O elogio à democracia e à forma republicana (nesse aspecto a América Latina recebe grande atenção) são categorias que atravessam o discurso político na região, de uma direita que tenta esconder os interesses econômicos e perpetua a exploração sobre o trabalhador; ou de uma esquerda que aparelha o Estado sem tomar as medidas de superação da própria forma política estatal, acreditando no socialismo por decreto.

Assim, como dirá Márcio Bilharinho Naves (2008: 72), a forma jurídica que funda o direito “nasce somente em uma sociedade na qual impera o princípio da divisão do trabalho, ou seja, em uma sociedade na qual os trabalhos privados só se tornam trabalho social mediante a intervenção de um equivalente geral”. Sem a ideia de equivalente da troca mercantil, não haveria, portanto, a igualdade jurídica como mediadora do processo de transformação do trabalho em trabalho social, como meio de permitir a circulação da mercadoria e a reprodução dos meios de produção. Nesse sentido, a forma jurídica equivale à forma mercantil.

O capital que não se ateu aos limites territoriais do Estado, mas que pressupõe a existência de um sistema internacional de Estados. O papel Estado é crucial na mundialização do capital e, por consequência, daquele garantidor das relações sociais como se apresentam, isto é, como meio de reprodução do próprio capital. Para a ponta fraca da relação centro-periferia – esta última ponta em que a América-Latina está contida – a questão da mundialização das relações estatais, o sistema de Estados, é ainda mais importante para sua correta compreensão. A reforma nos Estados periféricos somente pode ser compreendida nos termos da política externa e de sua expressão nas relações internacionais (Holloway, 1994: 26).

Esse nível de preocupação atinge as classes ao ponto de ser crucial para sua própria organização estratégica, em diversos níveis: (i) para a burguesia internacional, a visão holística do sistema de Estados tem como função enxergar os meios para a destruição de barreiras nacionais nos países periféricos para investir com “maior segurança”, isto é, com a destruição de garantias sociais onde o Estado é mais presente; (ii) para as Organizações Internacionais, a cooperação internacional

significa, também, a diminuição das barreiras alfandegárias para melhor circulação do capital, não necessariamente seguindo as premissas de direito internacional, como a cláusula da nação mais favorecida; (iii) para os Estados centrais altamente militarizados, contudo dependentes do petróleo produzido na periferia, como é o caso dos EUA, significará criar estratégias de democratização para além de idiossincrasias governamentais; (iv) por fim, o elo mais fraco: para o trabalhador significará encarar o desmantelamento das garantias conquistadas frente à nova divisão internacional do trabalho e a reorganização estatal interna diante de todos os interesses anteriormente citados.

Este, portanto, será um dos pontos fundamentais para o debate da derivação e também para uma teoria materialista do Estado que tende a dar cabo da materialidade específica da periferia capitalista. Como resume Caldas (2015: 226), cabe entender: “(i) a articulação do modo capitalista de produção com outros modos de produção e/ou formas de trabalho privado e social; e (ii) o desenvolvimento em termos de internacionalização da mercadoria, do dinheiro e do capital produtivo”.

A competitividade, a exploração, a dependência política e econômica etc., são elementos que demonstram a ligação necessária entre o Estado, como expressão internacional, com o Estado enquanto garante das relações internas de exploração (Braunmül, 2017: 697-698)⁸. O Estado atua, assim, como mediador/mediado das/pelas relações internacionais e imperialistas do capital (Hirsch, 2017: 540-543). Para além do debate raso da globalização, pelo qual haveria uma diminuição da força dos Estados nacionais, uma crise de tal instituição, o que a teoria materialista do Estado demonstra é que os Estados nacionais são papel fundamental para a reprodução do capital no nível internacional.

A relação entre Estado e sistema de Estado por meio do mercado mundial deve ser pensado de forma imediata com as questões da crise do capital. Sendo a crise estrutural do capitalismo, o Estado possui mecanismos para salvaguardá-lo. A questão principal a destacar aqui é que o mercado mundial que se intensifica a partir do final do século XIX e início do século XX caminha no sentido de dar ao Estado os mecanismos necessários para a reprodução das relações sociais. Para tanto, muitas vezes utilizará as próprias especificidades históricas das regiões onde atua, como é o caso do racismo estrutural e o patriarcalismo na América Latina.

8 Também sobre o acerto das questões postas por Braunmühl, embora discordando das respostas apresentadas: Fay, e Stuckey, 1980: 139-140.

Como aponta Jaime Osório (2014: 182-183), o papel da integração ao mercado mundial é fundamental para pensar a força de atuação do Estado na América Latina. Essa força de atuação é dinâmica e consiste na “expansão do capitalismo como sistema mundial, que ao longo de sua história gera regiões e nações diferenciadas do ponto de vista da capacidade de se apropriar de valor (o centro) e outras de ser despojadas de valor (a periferia).

Essa diferença é significativa ao observar a orientação da produção, a gestão do trabalho e as significativas alterações que o Estado tem sofrido na periferia. É conhecida a tese de Michael Hardt e Antonio Negri (2001), para quem o Estado, na verdade, está cada vez mais enfraquecido, pois a construção do Império exige a dissolução das barreiras nacionais em velocidade altíssima. Esse posicionamento é enfrentado pelo debate da derivação e pelos teóricos que, na América Latina, observam que o movimento do Estado é o contrário: uma fortificação no campo da política, embora no campo econômico tenha como função garantir os meios de circulação do grande capital estrangeiro.

O fato de existir uma multiplicidade de Estados conglomerados em blocos de integração (a União Europeia é o exemplo mais acabado disso, embora o Brexit demonstre a limitação das intenções do Tratado de Maastricht), não vulgariza o poder do Estado. O que observamos é uma reorganização política no cenário internacional para facilitar a concorrência em bloco, para facilitar as relações de exploração no cenário do imperialismo (Mascaro, 2016: 125).

Disso tiramos que o desenvolvimento desigual do capitalismo gera, também, um exercício desigual da força no cenário internacional. A política e a economia política internacional são baseadas na competição, o meio mais vantajoso de reprodução para o capital. As condições dessa concorrência valorizam duplamente: as elites internacionais, bem como a segregação e opressão no interior dos Estados nacionais.

As primeiras questões a serem apontar tem que ver com a autonomia do Estado Latino-americano frente (i) aos mercados globalizados e suas pressões para abertura e autorregulação, e (ii) frente às pressões de interesses pessoais que, muitas vezes travestidos de coletivos, podem gerar ainda mais desigualdades e subdesenvolvimento. Tais temas não estão presentes na teoria conservadora do Estado, mas depende de uma visão marxista do fenômeno social.

Estado e economia vivem uma relação e autonomia relativa, mas é impossível pensar uma teoria do Estado sem conceber as bases econômicas de estruturação. A autonomia é relativa, o que não apaga a necessidade de encarar as implicações de uma economia política

porque está mergulhada nos fatores históricos que dá respostas para a compreensão das relações de desigualdade social. Assim, Tilman Evers alerta para pensar a América Latina com olhos na história econômica em que está inserida: “uma teoria materialista do Estado na periferia capitalista tem que partir das estruturas socioeconômicas básicas cuja expressão política se pretende analisar” (Evers, 1989: 16).

Seja pelos movimentos dos valores no mercado mundial que tiveram, em regra, o sentido metrópole-periferia, seja pela tentativa de compreensão do modo de produção existente nas regiões colonizadas, economistas marxistas trouxeram contribuições para a compreensão de aspectos importantes das economias subdesenvolvidas. Para Evers, ambas as visões são complementares, seja por focar o processo existente na dinâmica imperialista internacional, necessária ao mercado mundial, seja por lançar olhos para a formação social específica e seus desdobramentos políticos – e a nosso ver, também jurídicos.

Para uma teoria materialista, isto é, marxista, compreende-se que a formação econômica a partir do ponto inicial de que a conciliação de classes não é uma questão propícia e vantajosa para o povo explorado, bem como não ser possível uma racionalização do conteúdo das estruturas políticas. Vale dizer, da formação dependente da periferia em relação ao centro, bem como a formação heterogênea que impacta na especificidade de relações sociais, são marcas indelévels na história dos povos latino-americanos, o que permite – mais uma vez destacamos – o processo material de derivação das formas, mas com um conteúdo captado na periferia. A abstração é possível (mais uma vez, *De te fabula narratur*, diz Marx nos prefácios a *O capital*).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A ESPECIFICIDADE DA FORMA POLÍTICA CAPITALISTA TAMBÉM NA PERIFERIA

Ao tratar da mercadoria e de sua especificidade, não como tendo surgido e no capitalismo, mas por ter se generalizado e se tornado peça única de medida nessa sociabilidade (o misticismo ou fetiche da mercadoria), dirá Marx (2013:151): “todo o misticismo do mundo das mercadorias, toda a mágica e a assombração que anuviam os produtos do trabalho na base da produção de mercadorias desaparecem imediatamente, *tão logo* nos refugiemos em outras formas de produção”.

Aqui, Marx nos apresenta uma tese importante: a especificidade do fetiche da mercadoria na forma de produção capitalista. Vale dizer que a mercadoria só possui condições de penetrar em todos os conteúdos, e o fará também na força de trabalho de quem só possui isso para comercializar, quando encontrar as condições ótimas que permitirão essa façanha. Somente nessa sociabilidade teremos meios para

realizar a *forma mercadoria*. Foca na especificidade da forma mercadoria dentro da formação histórica capitalista, essa sim responsável pela universalização do valor a todos os objetivos, inclusive o próprio a subjetivação geral.

Pelo trecho, a criação de uma forma política pós-capitalista depende, em grande medida, da superação também da forma-mercadoria como denominador comum da sociabilidade capitalista. Na *Crítica ao Programa de Gotha*, Marx percebe que a passagem para um outro modo de produção não se dá sem dificuldades, mas sim com os sofrimentos das dores de um parto. Os meios de construção dessa passagem serão construídos na prática de forma conflitante. Para alguns, por meio da ruptura intersticial do capitalismo; para outros, por uma passagem pacífica, revolucionarizando por meio de reformas; e, ainda, para outros, de forma radical.

Essa sociabilidade é viva e contém uma história própria que pode carregar em si os elementos necessários para essa transição. Portanto, com o foco na periferia latino-americana, é importante, agora, pensar tais elementos da teoria materialista do Estado aplicados a essa própria realidade.

Nesse sentido, cabe responder ao questionamento inicial: a teoria materialista do Estado, uma teoria em construção, permite compreender não somente os mecanismos de atuação da forma política e da forma jurídica. Ela nos permite a criação de ferramentas teóricas para pensar a transição para um outro modo de produção, para outras relações sociais a partir da realidade específica da América Latina. A mundialização do capital, a força das resistências populares, os meios criativos da negação de participação no processo de valorização etc., serão preenchidos pela especificidade de nossa realidade histórica num nível médio de abstração. Não cria conteúdos pela transposição de conceitos e conteúdo.

Pensar a América Latina por uma teoria do Estado nesses termos já é uma realidade (Mascaro, 2016; Thwaites Rey, 2004). Bastará, daqui para frente, aprofundar o debate teórico desse referencial, o que demanda cuidado e rigor científico, o que o materialismo histórico-dialético tem permitido satisfatoriamente.

BIBLIOGRAFIA

- Althusser, L. 2012 *Aparelhos Ideológicos de Estado: notas sobre aparelhos ideológicos de Estado*. 12.reimp. (Rio de Janeiro: Edições Graal).
- Altvater, E. e Hoffman, J. 1990 "The West german State derivation debate: the relation between Economy and Politics as a problem of marxist State theory" em *Social Text*, n° 24.

- Bercovici, G. 2004 “Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas” em Nunes, António José Avelãs e Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.) *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal* (Rio de Janeiro: Renovar).
- Blanke, B., Jürgens, U. e Kastendiek, H. 2017 “Acerca de la reciente discusión marxista sobre el análisis de la forma y función del estado burgués. Reflexiones sobre la relación entre política y economía” em Bonnet, Alberto e Piva, Adrián (Comp.) *Estado y capital: el debate alemán sobre la derivación del Estado* (Buenos Aires: Herramienta).
- Braunmül, C. von 2017 “El análisis del estado nacional burgués en el contexto del mercado mundial. Un intento por desarrollar una aproximación metodológica y teórica” em Bonnet, Alberto e Piva, Adrián (Comp.) *Estado y capital: el debate alemán sobre la derivación del Estado* (Buenos Aires: Herramienta).
- Bürge, A. 1990 *Der mercennarius und die Lohnarbeit* em Kaiser, Wolfgang, Schermaier, Martin Josef e Thür, Gerhard (Eds.) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* (Freiburg: Universidade de Freiburg), v. 107, Issue 1.
- Caldas, C. O. 2015 *Teoria da derivação do estado e do direito* (São Paulo: Outras Expressões/Dobra Universitária).
- Dussel, E. 2005 “Europa, modernidade e eurocentrismo” em Lander, Edgardo (Org.) *A colonialidade do saber: Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas* (São Paulo: CLACSO).
- Engels, F. 1982 “Ludwig Feuerbach e o fim da filosofia clássica alemã” em Marx, Karl e Engels, Friedrich. *Obras Escolhidas* (Lisboa: Edições Progresso) Tomo III.
- Engels, F. e Kautsky, K. 2012 *O socialismo jurídico* (São Paulo: Boitempo).
- Erkert, J. E. von 2013 “O debate sobre a forma jurídica: na dinâmica histórica e econômica do Brasil”. Dissertação de Mestrado, São Paulo.
- Erkert, J. E. von 2015 “O modo de produção escravista colonial no Brasil e a questão do escravo como sujeito de direito” in *Revista da Faculdade de Direito*, n. 3, 1º sem.
- Erkert, J. E. von e Pereira, L. I. 2013 “Teoria do Estado no pensamento clássico e na teoria materialista: aspectos históricos” em *Revista Direito Mackenzie*, v. 7, n. 1.
- Evers, T. 1989 *El Estado em la periferia capitalista*. 5.ed. (Cidade do México: Siglo Veintiuno).

- Fay, M. A. e Stuckey, B. 1980 "A friendly critique of Claudia Von Braunmühl's 'On The Analysis of The Bourgeois Nation State within the World Context: An Attempt to Develop a Methodological and Theoretical Approach'" em *Kapitalistate: working papers on the capitalist state*, n. 8.
- Fiori, J. L. 1995 "Para uma crítica da Teoria Latino-Americana do Estado" em Fiori, José Luís. *Em busca do dissenso perdido: Ensaio crítico sobre a festejada crise do Estado* (Rio de Janeiro: Insight).
- Florescano, H. 2012 "A formação e a estrutura econômica da hacienda na Nova Espanha" em Bethell, Leslie (Org.) *História da América Latina. América Latina colonial*. (São Paulo: EDUSP) Vol II.
- Funari, P. P. A. 1998 "O Manifesto e o estudo da Antigüidade: a atualidade da crítica marxista" em *Crítica Marxista*, v.1, n.6.
- Grosfoguel, R. 2013 "Racismo/sexismo epistêmico, Universidades occidentalizadas y los cuatro genocídios/epistemicidos del largo siglo XVI" em *Tabula Rasa*, n° 19.
- Hirsch, J. 2017 "El aparato de estado y la reproducción social: elementos de una teoría del estado burgués" em Bonnet, Alberto e Piva, Adrián (Comp.) *Estado y capital: el debate alemán sobre la derivación del Estado* (Buenos Aires: Herramienta).
- Hirsch, J. 2007 "Forma política, instituições políticas e Estado – I" em *Crítica marxista*, n. 24.
- Hirsch, J. 1990 "O problema da dedução da forma e da função do Estado burguês" em Reichelt, Helmut et alli. *Teoria do Estado: materiais para a reconstrução da teoria marxista do Estado*. (Rio de Janeiro: Tempo brasileiro).
- Hirsch, J. 2005 "¿Qué significa Estado? Reflexiones acerca de la teoría del Estado Capitalista" in *Revista Sociología e Política*, n°. 24.
- Hirsch, J. 2010 *Teoria materialista do Estado: processos de transformação do sistema capitalista de Estados* (Rio de Janeiro: Revan).
- Holloway, J. 2017 "El debate sobre la derivación del estado. Una reflexión reminiscente" em Bonnet, Alberto e Piva, Adrián (Comp.) *Estado y capital: el debate alemán sobre la derivación del Estado* (Buenos Aires: Herramienta).
- Holloway, J. 1994 "Global Capital and National State" em *Capital & Class*, v. 18, n. 52.
- Holloway, J. e Picciotto, S. 1978 "Introduction: Towards a materialist theory of the state" em Bonnet, Alberto e Piva, Adrián (Comp.) *Estado y capital: el debate alemán sobre la derivación del Estado*

- (Buenos Aires: Herramienta).
- Kashiura JR., C. N. 2009 *Crítica da igualdade jurídica: contribuição para o pensamento jurídico marxista* (São Paulo, Quartier Latin).
- Lander, E. 2006 “Marxismo, eurocentrismo e colonialismo” em Boron, Atílio A., Amadeo, Javier e González, Sabrina (Orgs.) *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas* (São Paulo: CLACSO/Expressão Popular).
- Le Goff, J. 2007 *As raízes medievais da Europa* (Petrópolis: Vozes).
- León-Portilla, M. 2012 “A Mesoamérica antes de 1519” em Bethell, Leslie (Org.) *História da América Latina. América Latina colonial*. 2.ed. (São Paulo: EDUSP) Vol. I.
- Macleod, M. J. 2012 “Aspectos da economia interna da América espanhola colonial: mão-de-obra, tributação, distribuição e troca” em Bethell, Leslie (Org.) *História da América Latina. América Latina colonial*. 2.ed. (São Paulo: EDUSP, 2012) Vol II.
- Marx, K. 1974 “Introdução à Crítica da Economia Política” em Karl, Marx *Os Pensadores* (São Paulo: Abril Cultural).
- Marx, K. 2013 *O capital: crítica da economia política*. Livro I. (São Paulo: Boitempo).
- Marx, K. 1986 *O capital: crítica da economia política*. Livro III. Livro III. Tomo 2. 2.ed. (São Paulo: Nova Cultural).
- Mascaró, A. L. 2016 *Estado y forma política* (Buenos Aires: Prometeo).
- Müller, W.; Neusüß, C. 2017 “La ilusión del estado social y la contradicción entre trabajo asalariado y capital” em Bonnet, Alberto e Piva, Adrián (Comp.) *Estado y capital: el debate alemán sobre la derivación del Estado* (Buenos Aires: Herramienta).
- Naves, M. B. 2008 *Marxismo e Direito: um estudo sobre Pachukanis* (São Paulo: Boitempo).
- Naves, M. B. 2012 “Prefácio” em Engels, Friedrich; Kautsky, Karl. *O socialismo jurídico* (São Paulo: Boitempo).
- Pachukanis, E. 2017 *Teoria geral do direito e marxismo* (São Paulo: Acadêmica).
- Pereira, L. I. 2014 “A estrutura jurídica do moinho satânico: a luta de classes que Polanyi não encarou” em *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, v. 3, n. 5.
- Pereira, L. I. 2013 “Teoria Latino-americana do Estado: a insuficiência do modelo democrático e críticas” em *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 8, n. 1.
- Polanyi, Karl 2012 *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2.ed. (Rio de Janeiro: Elsevier).
- Saad Filho, A. 2011 *O valor de Marx* (Campinas: Unicamp).
- Thévenin, N.-É. 2010 “Ideologia Jurídica e Ideologia Burguesa

- (ideologia e práticas artísticas)” em Naves, Márcio Bilharinho (Org). *Presença de Althusser* (Campinas: UNICAMP/IFCH).
- Thwaites Rey, M. 2004 *La autonomía como búsqueda, El Estado como contradicción* (Buenos Aires: Prometeo libros).
- Thwaites Rey, M. e Castillo, J. 2008 “Desarrollo, dependência y Estado en el debate latinoamericano” em *Araucaria*, año/vol. 10, nº 019.
- Wickham, C. 2007 “Memories of Underdevelopment: What Has Marxism Done for Medieval History, and What Can It Still Do?” em Wickham, Chris. *Marxist History-writing for the Twenty-first Century* (Oxford: Oxford University Press).
- Wickham, C. 1984 “The Other Transition: From the Ancient World to Feudalism” em *Past & Present*, nº 103.
- Wood, E. M. 2000 “As origens agrárias do capitalismo” em *Crítica Marxista*, v. 1, n. 10.

ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PENSAMENTO FILOSÓFICO DE UMBERTO CERRONI

Camilo Onoda Caldas*

“En cuanto al deseo que podamos tener de dar con el sentido justo de nuestras propias vidas, mi mayor temor no es tanto la muerte sino más bien la posibilidad de que nos llegue la muerte antes de que tengamos la oportunidad de desaparecer y empezar a escuchar las resonancias de nuestras acciones y silencios, desenredando así la madeja de nuestra existencia”.

Carlos Rivera Lugo – La Rebelión de Edipo.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de “democracia” permanece sendo um ponto central da disputa político-ideológica contemporânea. A radicalidade das proposições marxistas, críticas ao modelo “democrático-burguês”, mesmo quando propõe uma “ditadura do proletariado”, estão, na realidade, propondo uma reconfiguração da ideia de democracia, pois quando defendem um regime político com esta denominação, o fazem partido do pressuposto de que a “democracia-burguesa” é absolutamente inautêntica. Neste sentido, portanto, independentemente da terminologia adotada, o que se encontra em jogo na crítica marxista é uma reflexão a respeito da reconfiguração do poder político-econômico de modo a acabar com: (i) o domínio de uma classe sobre outra; (ii) a exploração do trabalho e a forma mercadoria; (iii) as consequências sociais decorrentes das assimetrias estruturais do

* Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Diretor executivo do Instituto Luiz Gama (São Paulo/SP – Brasil), professor do Curso de Direito da Universidade São Judas Tadeu (São Paulo/SP – Brasil) e Pesquisador da Faculdade 28 de Agosto (São Paulo/SP – Brasil).

capitalismo. Isso significa, igualmente, propor a ampliação da participação política a fim de que os interesses da coletividade possam ser realmente efetivados.

Partido dessas premissas, o objetivo deste estudo é contribuir para esse debate a partir de uma exposição a respeito do pensamento político e jurídico do filósofo marxista do direito Umberto Cerroni (1926-2007), centrando a análise especialmente em duas de suas ideias: a construção de um socialismo democrático, assentado em determinados direitos e garantias fundamentais, e o desenvolvimento de uma ciência política marxista. Utiliza-se como referencial teórico de análise, as contribuições oriundas do jurista soviético Pachukanis – cuja teoria sobre o direito revolucionou o pensamento jurídico no século XX – e do filósofo do direito Alysso Mascaro – cuja obra *Estado e Forma Política* (Mascaro, 2013), recentemente traduzida para o espanhol (Prometeo Libros), trouxe contribuições decisivas para pensarmos o Estado no século XXI, sendo, no entender de Slavoj Žižek, “simplesmente a obra mais importante do pensamento político marxista nas últimas décadas”¹.

Para iniciarmos nossa exposição sobre Cerroni e obtermos uma melhor compreensão do pensamento jurídico deste filósofo italiano, é preciso situá-lo em termos históricos, descrevendo sua trajetória política e acadêmica. Desse modo, poderemos contextualizar seu pensamento a partir de fatos históricos relevantes que o cercam (Vide Caldas, 2016: 25-28).

Cerroni integrou o comitê central do *Partito Comunista Italiano* (PCI) (Cerroni, 1978: 08-09) – “Partido Comunista Italiano” – e também o *Partito Democratico della Sinistra* (PDS) – “Partido Democrático da Esquerda” – criado após a extinção do primeiro.

Originalmente adepto do marxismo, dedicou-se durante mais de 50 anos à elaboração de textos acadêmicos voltados especialmente para temas ligados ao direito, à sociologia e à ciência política. Isso resultou em mais de uma centena de livros publicados, além de inúmeros artigos. Foi ainda o primeiro italiano a traduzir as obras dos pensadores e juristas soviéticos (Perrota, 2004:335), com ênfase especial para Evgeni Pachukanis e Pêtr Stutchka. Diversas de suas obras foram traduzidas para a língua espanhola e a língua portuguesa – algumas apenas pelas editoras de Portugal –, no entanto, diversos escritos seus – alguns de alto conteúdo teórico – são encontrados apenas no idioma italiano.

1 Texto extraído da quarta capa do livro (Mascaro: 2013).

Notadamente, a produção intelectual de Cerroni reflete o profundo debate ocorrido após o fim do governo de Stálin (1953) na União Soviética, que foi impulsionado pelas críticas ao regime stalinista, feitas pelo então secretário geral do partido comunista daquele país, Nikita Krushev. O histórico “relatório secreto”, apresentado por Krushev no XX Congresso do Partido Comunista de 1956, veio a fomentar uma revisão ampla e crítica das práticas e teorias marxistas prevalentes na época. Desenvolve-se assim uma série de estudos marxistas a respeito da democracia, da organização política em um estado de transição socialista e do papel do direito nesse contexto.

Por esta razão, percebe-se na produção acadêmica de Cerroni não apenas um estudo específico a propósito de temas e pensadores tradicionais². Trata-se de um conjunto de obras nas quais é enfatizado o estudo das questões relativas à expansão da participação política – democracia, partidos políticos, cidadania, liberdade – sem que isto signifique, por parte do autor, o abandono da problemática da socialização econômica, uma vez que Cerroni aponta e discute a existência de elos intrínsecos entre as questões política e econômica.

O colapso político do bloco socialista do leste europeu no final da década de mil novecentos e oitenta e início da década de mil novecentos e noventa é outro acontecimento histórico que notadamente exerce influência sobre os temas estudados por Cerroni em suas obras. Na Itália, como se sabe, uma das conseqüências desses eventos foi a mudança da orientação política do Partido Comunista Italiano, que abandonou a diretriz marxista e foi extinto, dando origem, em fevereiro de 1991, ao *Partito della Rifondazione Comunista* – “Partido da Refundação Comunista” (PRC) – e ao *Partito Democratico della Sinistra* (PDS) – “Partido Democrático da Esquerda” – denominado atualmente como *Democratici di Sinistra* (DS) – “Democráticos de Esquerda” – de nítida orientação social-democrata.

Os fatos relatados influenciaram as posições adotadas por Cerroni. Anuindo com a mudança de rumo do Partido Comunista Italiano (PCI), o filósofo desviou-se das problemáticas de cunho marxista que haviam predominado em suas obras redigidas entre as décadas de mil novecentos e cinquenta e mil novecentos e oitenta. Passou então a valorizar incisivamente, em suas últimas produções acadêmicas (Cerroni, 1998 e Cerroni, 2002, por exemplo), os instrumentos da democracia formal, tomando-os como decisivos para superação dos conflitos e das desigualdades sociais. Este aspecto, em particular, é

2 As obras de Cerroni versam, especialmente, sobre Marx, Lênin, Gramsci, os juristas soviéticos do final do século XIX e início do século XX, além dos clássicos da sociologia.

sublinhado aqui, pois, como mencionado inicialmente, é preciso entender até que ponto esta postura de Cerroni significa uma ruptura ou uma continuidade de seu pensamento original.

2. CERRONI E A ÊNFASE NA CIÊNCIA POLÍTICA MARXISTA E NO SOCIALISMO DEMOCRÁTICO

Umberto Cerroni é um filósofo italiano pertencente ao “marxismo ocidental”, corrente que ressalta a necessidade de um socialismo democrático (Coutinho, 1992: 65) e de uma ciência política marxista, esta última considerada a grande lacuna teórica existente nas vertentes originadas a partir do pensamento de Marx (Arantes, 1994: 253). Inserido nesta tradição, Cerroni julga imprescindível suprir tanto a primeira³, quanto a segunda (Cerroni, 1979a: 55) necessidade.

Em seus estudos marxistas, Cerroni se detém intensamente nas questões da legalidade socialista, razão pela qual há um aspecto que permeia várias de suas obras: a necessidade de pensar a preservação dos direitos e garantias formais dos cidadãos em todo processo de socialização econômica, conforme nos mostra as seguintes passagens:

O desenvolvimento da participação, do controle por baixo, da iniciativa popular serão naturalmente corretivos do tradicional garantismo jurídico, mas não deverá substituí-lo. Evidentemente, na medida em que o garantismo torna-se garantia de livre apropriação privada do produto social, deve ser corrigido, mas o garantismo da liberdade de expressão, da pesquisa científica, artística é um garantismo que deve, ao contrário, continuar até que um Estado exista (Cerroni, 1979c: 98)⁴.

3 Sobre a necessidade de um socialismo democrático, Cerroni escreve: “Existe um grande equívoco também ‘de doutrina’ na hipótese de que a democracia real – o socialismo – implique a substituição da democracia formal, como se pudesse existir uma democracia social sem uma gestão política. Isso não pode ser verdadeiro para uma sociedade de transição. A sociedade na qual se cumpre a finalidade do Estado político é outra coisa, é o comunismo”. (Cerroni, 1978: 41). Tradução nossa do italiano. Ou ainda: “[...] a crítica justa trazida pelo marxismo às liberdades formais ou políticas foi mal compreendida como proposta de substituí-las com a liberdade real ou social. De tal modo, a democracia socialista foi contraposta pura e simplesmente para substituir a democracia política, mesmo que esta última tenha sido em larga medida não apenas uma solicitação, mas também uma conquista do movimento operário socialista” (Cerroni, 1976a: 39). Tradução nossa do italiano. Na edição em língua portuguesa: Cerroni, 1979a: 56.

4 Na edição em língua portuguesa: Cerroni, (1982: 73).

Ou ainda no seguinte trecho:

Uma característica comum a todas estas elocubrações foi a falta de uma medição entre democracia formal e democracia social, entre democracia representativa e democracia direta. Esta falta se evidenciou perfeitamente no caráter totalmente irrelevante e marginal que conservou na tradição marxista o problema do Direito e da mediação jurídica. Esta mediação foi considerada tão insignificante que chegou a excluir a necessidade de uma teoria das liberdades formais (política e civil) no Estado socialista [...] (Cerroni, 1979b: 68).

Notadamente, uma das experiências que está sob olhar de Cerroni é justamente a soviética. Ao mesmo tempo em que lança um olhar crítico, seu texto expressa as preocupações a respeito de quais seriam as alternativas dentro de um Estado de transição socialista. Noutra palavras, trata-se de questionar até que ponto certas garantias político-jurídicas, bem como a lógica de direitos fundamentais, oriundas do modo de produção capitalista devem ou não permanecer ou podem ser aproveitadas em um contexto de radical transformação, na qual a forma mercadoria e o processo de valorização do valor encontram-se em processo de extinção dadas as mudanças nas relações de produção existentes.

Não por um acaso que um pensadores centrais que influenciam o pensamento de Umberto Cerroni é Galvano Della Volpe. Tal influência não decorre dos simples fato de ambos serem italianos, mas sim porque della Volpe dedicou-se em larga medida e problematizar as questões a respeito da democracia e marxismo (inclusive a partir de um ecletismo metodológico bastante incomum). Cerroni reconhece expressamente a considerável influência de dela Volpe na sua formação pessoal e no marxismo ocidental:

[...] Galvano della Volpe é um pensador que permanece. Não foi apenas um grande canal de formação europeia do novo marxismo italiano, mas talvez o mais fértil. Foi ele, que também tendia no plano político às concessões, quem abriu um capítulo novo sobre Marx e sua relação intelectual com Engels. Para mim, a leitura da sua *Lógica* foi uma bomba. Entendemos – lembro-me de algumas discussões no Instituto Gramsci – que era uma grande proposta sobre a qual se devia refletir (Cerroni, 1978: 19).

Conforme a explicação de Alysson Mascaro, Galvano Della Volpe, ao lado de Lucio Colletti, encontram-se “numa Itália que nas décadas do pós-guerra vislumbrava a hipótese de conquista democrática do poder

pelo seu Partido Comunista, retoma o debate específico da legalidade no interior do marxismo” (Mascaro, 2003: 70). Assim, Cerroni não deixa de estar influenciado por esse ambiente teórico no momento em que desenvolve seus estudos e escritos políticos e jurídicos.

Esforçando-se para conceber um “socialismo democrático”, Cerroni procura um redimensionamento da ciência política na perspectiva marxista. Como se sabe, essa tentativa, porém, foi duramente criticada por outros marxistas, justamente porque esse empreendimento fez-se a partir das construções teóricas oriundas da filosofia política moderna, ou seja, de noções impregnadas pela ideologia e pelos paradigmas desse período, resultando num desvio do debate do campo da estrutura e da organização econômica, para o campo da política e de suas concepções.

Não há dúvida que o pano de fundo deste debate, desenvolvido ao longo da década de mil novecentos e sessenta e mil novecentos e setenta, é a crise gerada pela autocrítica soviética ao stalinismo, que fez florescer diversas correntes democrático-marxistas envidando esforços para inserir a teoria política no interior da teoria marxista. Analisando o fenômeno desse período, Paulo Eduardo Arantes afirma que:

Poucos anos depois, como é sabido, tornou-se lugar comum assinalar o déficit do marxismo no campo da ciência política (para não falar na prática desastrosa dos marxismos oficiais): o discurso estratégico de conquista do poder desqualificara de antemão qualquer concepção positivo-institucional etc. Foi quando a má consciência da esquerda, num momento de hegemonia liberal, redescobriu a Democracia, e com ela, a suposta dimensão original do assim chamado “político”. Bastava um passo para dotá-lo de ontologia própria, ressuscitando com a dita ontologia a Filosofia Política, que deixava de ser mero capítulo historiográfico para ser elevada à condição de fonte original de noções com que avaliar... a marcha da sociedade capitalista contemporânea (Arantes, 1994: 253).

Assim, os marxistas italianos, e Cerroni, particularmente, foram grandes expoentes do denominado “socialismo democrático” daquele período. Do mesmo modo como ocorrera no passado, tais vertentes teóricas socialistas foram criticadas pelos demais marxistas pelas mais variadas razões, especialmente porque deslocavam novamente o centro da análise para o Estado, sob o argumento de que haveria uma deficiência no marxismo neste campo. Uma dessas críticas ao marxismo italiano, pode ser encontrada na seguinte passagem:

É bem verdade que se podem lançar *proposições teóricas gerais relativas ao Estado*: todas têm, porém o mesmo valor das teorias de Marx relativas ‘à produção em geral’, isto é, não poderiam *pretender ser estatuto* da teoria geral do Estado.

[...]

Na realidade não se encontra nos clássicos do marxismo uma teoria geral do Estado. Não que não tenham podido ou sabido desenvolver plenamente uma teoria semelhante, mas sim porque não poderia haver uma teoria geral do Estado. Questão terrivelmente atual, observada especialmente no debate desenvolvido no seio da esquerda italiana. Em dois artigos de grande repercussão de N. Bobbio, escritos há pouco tempo, ele acentua o fato de o marxismo não dispor de uma teoria geral do Estado. Inúmeros marxistas italianos sentiram-se obrigados a responder que uma teoria semelhante existe em “gestação” nos clássicos do marxismo e que se trata apenas de desenvolvê-la, afirmando pois sua legitimidade (Poulantzas, 1977: 24-25).

Cerroni figura entre os marxistas italianos mencionados por Poulantzas no trecho destacado. O filósofo grego esclarece, em nota, que sua crítica é dirigida aos artigos existentes em publicação italiana intitulada *Estado e marxismo*, dentre os quais encontra-se um de autoria de Cerroni. O próprio título do artigo, inclusive, já o inclui na polêmica com Poulantzas: “*Existe uma ciência política marxista?*” – mencionado nesta obra anteriormente. Nele, o filósofo italiano argumenta:

Bobbio concorda comigo que ‘falta substancialmente uma ciência política marxista’, e tece muitas considerações com as quais concordo plenamente. Logo, se intervenho, não é tanto para destacar alguns dissensos relevantes, mas porque me parece que Bobbio solicita uma discussão compreendida em medicar de algum modo a ferida e a esboçar a tela de uma teoria política do socialismo. Na verdade, há muito se sente essa necessidade. É longínquo –finalmente – o tempo no qual quem escrevia de teoria política do socialismo devia recolher a indiferença ou as reprovações tanto da academia quanto do movimento operário! Agora o problema é reconhecido como existente e nos permitimos até mesmo ao luxo de lamentar o tempo perdido. (Cerroni, 1976a: 39)⁵.

5 Na edição em língua portuguesa: Cerroni, 1976: 55.

Não obstante a inserção de Cerroni neste sentido, podemos identificar que os elementos de máxima radicalidade do pensamento de Umberto Cerroni encontra-se em seus estudos pioneiros a respeito do jurista soviético Evgeni Pachukanis. Neste pensador encontra-se a crítica mais radical a ideia de uma legalidade socialista, uma vez que a teoria pachukaniana associa justamente a forma jurídica à forma mercadoria e, portanto, correlaciona a extinção de uma em relação à outra (Pachukanis, [1924]2017: 135-137).

Para se estabelecer um ponto de convergência entre Cerroni e Pachukanis convém recordar que o filósofo italiano dispõe-se igualmente a encontrar os elementos objetivos do processo histórico que resultam na formação de um sistema de formas e categorias jurídicas manejadas pelo Estado (Cerroni, 1977: 157).

Se, para Pachukanis, “[...] o direito está indissociavelmente ligado à existência de uma sociedade que exige a mediação de um equivalente geral para que os diversos trabalhos privados independentes se tornem trabalho social” (Naves, 2000: 58), para Cerroni a equivalência formal dos indivíduos também decorre das relações sociais inerentes ao modo de produção capitalista:

Enquanto a sociedade capitalista se funda na *produção mediante troca*, postula a independência e a equivalência formal de todos os homens como detentores de ‘livre’ vontade, como ‘cambistas’. Em relação a ele [Estado] todos os indivíduos assumem *uti singuli* uma equivalência formal, seja na decisão volitiva da troca, seja na decisão política. Mas, de outro lado, justamente a estrutura ‘catallattica’ da sociedade – com plena autonomização formal dos homens – supõe e produz (reproduz) uma ruptura entre quem faz troca de coisas e quem faz troca de... energia de trabalho, portanto, uma ruptura entre proprietários de coisas (meios de produção) e proprietários de força de trabalho. E, como exatamente na troca de uma parte do capital (capital variável) contra o uso da força de trabalho, pode ser estabelecida uma relação de ativação produtiva do capital ‘morto’ (capital constante) mediante aplicação da força de trabalho (através do trabalho) aos meios de produção, ou seja, uma relação de produção, a mencionada equivalência dos homens pode/deve instaurar-se apenas a nível formal (Cerroni, 1971: 184).

Dessa forma, percebe-se que Cerroni também procura destacar como características específicas do Direito e do Estado modernos o estabelecimento de uma ordem jurídica igual para todos e o reconhecimento dos indivíduos como sujeitos jurídicos livres e iguais. Ao mesmo tempo, o filósofo italiano procura realçar o aspecto objetivo desse processo histórico:

Dito em outras palavras: enquanto a relação social se desenvolve entre indivíduos que não estão mais naturalmente vinculados uns aos outros (senhores e escravos, proprietários e servos da gleba), mas sim independentes enquanto pessoas, se faz *possível e necessário* um desdobramento geral da regulação normativa sobre as ações e condutas livres e voluntárias de sujeitos juridicamente iguais. Não obstante, tal independência das pessoas se completa com a dependência objetiva a respeito da troca dos produtos do trabalho como mercadorias, com base na quantidade de trabalho *socialmente* necessário para produzir. A sistematização normativa do direito moderno se dá em função desta objetiva trama material da sociedade; ajusta-se sobre ela e, já que com ela nasce, segue seus passos e, desta maneira, sua decadência. (Cerroni, 1965: 82-83).

A afinidade existente entre o pensamento de Cerroni e o de Pachukanis pode ser extraída não apenas da análise e comparação entre as obras destes autores, mas também porque Cerroni reconhece expressamente como valiosa a contribuição do jurista soviético para a teoria geral do Direito, ao afirmar que “Pachukanis marca o momento de mais alta consciência teórica atingido pelo pensamento jurídico soviético” (Cerroni, 1969: 61)⁶.

Isso não significa, contudo, que Cerroni aceita pacificamente as teses de Pachukanis. Justamente por não absorver integralmente a radicalidade das teses pachukanianas, Cerroni acaba por tentar oscilar dentro de um meio termo que persiste na tentativa de extrair algum “mérito” ou aproveitamento da forma política-jurídica existente no capitalismo, bem como do sistema direitos e garantias fundamentais nele existente, para a constituição de uma sociabilidade assentada em princípios socialistas.

Não parece, portanto, ser aleatório que, ao assumir a posição acima descrita, Cerroni, apesar de declarar-se opositor das alas reformistas do socialismo, acabará, ao longo das décadas, fechando gradativamente suas análises em torno dos meios pelos quais o movimento socialista pode encontrar o consenso dentro das regras e do sistema instituído pelo Estado, portanto, a partir dos mecanismo instituídos jurídica e politicamente. No início de seus escritos, Cerroni desenvolve a seguinte linha de argumentação:

É preciso, portanto, que as instituições políticas burguesas sejam envolvidas na direção do fortalecimento da soberania popular direta

6 Na edição em língua portuguesa: Cerroni, 1976b: 63.

e que, contemporaneamente, a sociedade caminhe para as reformas gerais das estruturas econômicas: os dois termos do processo revolucionário em formas pacíficas são interdependentes. A defesa e a expansão das instituições políticas democráticas é condição para um avanço pacífico voltado para as transformações sociais e esta, sucessivamente, é condição – por sua vez – para uma expansão política estável das instituições democráticas. (Cerroni, 1960: 42).

No final da década de mil novecentos e oitenta, na consolidação da trajetória iniciada há décadas, Cerroni exacerba os argumentos dessa perspectiva e sua radicalidade começa a se perder. Isso fica evidente quando o filósofo italiano passa a defender as seguintes ideias:

O problema, portanto, não é garantir a intangibilidade de um sistema capitalista que seria além do mais também difícil de definir, mas ao contrário de convir que *qualquer* mudança sócio-política pode e deve ocorrer *apenas* nas formas previstas pela Constituição vigente. Isto significa que o tema teórico é também neste caso o do respeito das regras democráticas: de uma democracia não-limitada e inteiramente remetida ao consenso e aos procedimentos estabelecidos. E significa também que aquela franja do movimento socialista que continua a exigir medidas para a “saída do capitalismo” deve concretizar as suas propostas em um programa político a ser submetido ao consenso dos cidadãos nas formas previstas pela Constituição (Cerroni, 1990: 27)⁷.

A ideia de superação das contradições inerentes à estrutura econômica capitalista, portanto, perde fôlego na doutrina de Cerroni, cedendo espaço para uma análise que “[...] abstrai os limites estruturais à participação política dos trabalhadores e que leva à abdicação da própria destruição do Estado burguês e à postulação de ‘um socialismo baseado no consenso’, que nega a luta de classes” (Martorano, 2002: 106).

Por limitar cada vez mais sua visão dentro da perspectiva de “consenso e legalidade”, talvez não surpreenda muitos, que Cerroni, tendo sucumbido aos ideais das tendências social-democratas europeias da década de mil novecentos e noventa, termine sua trajetória filosófica defendendo a seguinte ideia:

A cidadania democrática é o suporte do nosso direito para fazer valer os nossos interesses e a nossa vontade, bem como a obrigação política

7 Publicado originalmente em 1989, com o título “Verso un nuovo pensiero politico” (Cerroni, 1989: 104-135).

de respeitar em cada caso a lei, que nos permite até mesmo a liberdade de modificá-la. Não existe, portanto, uma outra justiça a buscar fora da legalidade, algo além da lei invocada. Devemos apenas aumentar a nossa capacidade de acionar os nossos direitos e ativar os nossos deveres (Cerroni, 1998: 266).

Nesse mesmo sentido são seus escritos posteriores, no qual defende que:

O modelo de Estado democrático de direito, originado no Ocidente, adquire o caráter de universalidade no momento em que se funda na soberania popular através do sufrágio universal. A democracia estabelece a igualdade de todos no gozo dos direitos civis e políticos, ou seja, na gestão livre e independente da própria vida e na autonomia criativa. A última etapa do processo desenvolve-se (pode se desenvolver) na globalização atual, que enxerga um direito internacional novo, fundado no reconhecimento do valor universal dos direitos humanos (Cerroni, 2002: 75-76).

Em parte, tais ideias são fruto da ruptura de Cerroni com o marxismo, porém, preferimos questionar o seguinte: em que medida essa a teórica adotada por Cerroni pode ser entendida como fruto dos próprios limites impostos pelas premissas adotadas pelo filósofo italiano desde o início de seus escritos? Insistindo na necessidade de uma teoria marxista da política, Cerroni teria restringido cada vez mais suas propostas e análises neste campo, cujo resultado foi a adoção de uma postura restrita à defesa das salvaguardas jurídicas e formais. Sendo assim, o exercício da cidadania, dentro dos marcos legais instituídos pelo Estado, seriam o meio de efetivação de quaisquer transformações.

A crítica à visão de Cerroni, extraída dos pensadores marxistas, consiste na demonstração de que a cidadania burguesa é a expressão de uma democracia limitada, uma vez que se resume à participação dos indivíduos na “esfera política”, que não nas relações estruturais da “esfera econômica”. Ou ainda, que o direito não é uma forma neutra universalmente válida e eterna para a democracia, uma vez a própria forma jurídica (e não simplesmente o conteúdo do direito) tem seu correspondente da forma mercantil e, portanto, tem uma funcionalidade específica e essencial para o modo de produção capitalista e não para qualquer contexto histórico e econômico (Pachukanis, [1924]2017: 115-137). Essa tese é compartilhada, inclusive, pelos autores que participam do debate da derivação do Estado (Caldas, 2015: 34-37), cujo objetivo foi demonstrar como o Estado e as suas

instituições encontram-se ligados estruturalmente com o modo de produção capitalista e, portanto, são derivações dessa forma de organização econômica. A partir destas premissas, pode-se argumentar que a uma cidadania e a democracia em sentido amplo não pode existir enquanto ela for exercitada no espaço que lhe foi reservado atualmente, dada sua limitação estrutural insuperável, mas apenas quando ela for inserida *no âmbito das relações de produção econômica*, justamente aquele no qual o regime democrático, nos moldes atuais, não pode penetrar; enquanto se estivermos inseridos em um modo de produção capitalista.

Sintetizando uma crítica à posição de Cerroni, pode-se dizer ainda que “centrar a vida política em torno da posse do Estado é considerar o político ainda dentro do plano que a estrutura capitalista pretende lhe reservar” (Sader, 1993: 113), portanto, conforme explica o filósofo Alysson Mascaro:

O debate italiano sobre a teoria política marxista esteve sempre no contexto da aceitação ou não dos princípios burgueses. O marxismo, como teoria de derrubada da estrutura política do capitalismo, esteve confrontado à sua rendição aos limites do já posto e estabelecido das sociedades capitalistas, como se elas fossem o horizonte máximo do pensamento político. O debate italiano revelou-se um processo muito mais de assimilação e de reformismo do que de revolução. De um certo modo, o pensamento político de Della Volpe, de Umberto Cerroni e do marxismo italiano não avançou em categorias plenamente marxistas, permanecendo ainda refém das categorias do pensamento jurídico moderno, o que fazia da transição democrática ao socialismo muito mais um arrefecimento em face do formalismo democrático do que propriamente um reforço das posições socialistas (Mascaro, 2016: 526).

Não obstante as críticas que podem ser feitas ao pensamento de Umberto Cerroni, nota-se que seu estudo abre espaço para as tentativas de entender quais os limites dos reformismos institucionais e jurídicos e das medidas de cunho ético-pedagógico para a transformação da cidadania, do direito e da política. Além disso, o debate que se pode travar a partir do estudo das obras de Cerroni serve para nos mostrar como uma profunda reformulação das relações sociais é a premissa para a construção da democracia no seu sentido mais legítimo, de tal modo que “a democracia efetiva pressupõe a socialização de todas as relações sociais, incluindo aquelas existentes no plano econômico, justamente aquelas que os liberais lutaram e lutam para preservar como privadas e não públicas” (Caldas, 2016: 123).

3. CONCLUSÃO

Com o surgimento da filosofia de Marx, despontaram inúmeras teorias que argumentavam a dificuldade ou impossibilidade de se efetivar um regime democrático enquanto não fosse superado o modelo político instituído pelo liberalismo, no qual a cidadania acaba por ser expressão da limitação intrínseca ao sistema econômico capitalista.

A exclusão da participação popular na gestão e decisão das relações mais determinantes para sua existência (as de natureza econômica) é algo inerente ao modo de produção capitalista. Ao separar o âmbito econômico do político, o pensamento da modernidade – e existente na atualidade – confina a cidadania neste último, isolando-a do primeiro. Na esfera da sociedade civil permanecem as relações de domínio de um indivíduo sobre o outro, de uma classe sobre a outra. Sendo essa limitação algo necessário e não acidental ao sistema econômico capitalista, conclui-se que, em última instância, toda democracia é aceitável no capitalismo – exceto aquela que resulte efetivamente na democracia –; ou ainda, que toda cidadania é tolerável, contanto que fique confinada ao espaço estritamente político e não signifique a possibilidade de intervenção e participação ativa dos indivíduos nas relações econômicas.

A teoria de Marx permitiu ultrapassar a tradicional oposição entre totalitarismo (ou absolutismo) e democracia, demonstrando a antítese insuperável entre capitalismo e democracia. A filosofia política do século XXI que exclui a análise dessa contradição retroage seu eixo para os patamares da filosofia dos séculos XVII e XVIII, e mergulha na impossibilidade de estabelecer uma democracia que tenha um sentido material e não puramente formal, ao manter intocado o cerne das relações econômicas, a “ditadura da fábrica” criticada por Marx.

Cerroni e os marxistas de seu tempo se encontraram diante de um impasse a ser resolvido. As críticas ao stalinismo deflagradas pelo XX Congresso do Partido Comunista Soviético fizeram com que os intelectuais marxistas da época se esforçassem em busca dos meios e pressupostos necessários para a construção de um “socialismo democrático” e de uma ciência política marxista. Nessa tentativa, ganhou força o elemento político da democracia, em detrimento do econômico. Desse modo, o marxismo de Cerroni, a exemplo de outros, inclinou-se para o entendimento de que a consolidação da democracia demandaria o desenvolvimento e o fortalecimento das garantias jurídicas e dos direitos fundamentais, além da criação de uma teoria política fundada nas premissas marxistas. Porém, a pretensão de sanar o economicismo, valorizando o sentido político da democracia, revelou-se, ao final, um caminho para, novamente, confinar a cidadania ao estreito aspecto da formalidade.

O discurso político da atualidade vive um paradoxo cotidiano: sendo favorável à democracia é, no fundo, contrário à democracia. A cidadania, no estreito espaço que lhe é conferido, não se traduz como possibilidade da sociedade dar um novo rumo para si e caminhar para a solução de seus problemas prementes. Por essa razão, o marxismo, com seu viés crítico e transformador, e o pensamento de Cerroni, por seus méritos e mesmo por suas limitações (e justamente por conta delas), permanecem como fontes enriquecedoras de reflexão para se resgatar a possibilidade de repensar caminhos que conduzam à construção da democracia no seu sentido mais legítimo. Conforme pontifica Alysson Mascaro: “O marxismo não só entende a política por horizontes distintos daqueles tradicionais como, na verdade, reconfigura totalmente o âmbito do político e do estatal, atrelando-o à dinâmica da totalidade da reprodução social capitalista” (Mascaro, 2013: 11). É nesse sentido que nossas reflexões contemporâneas devem seguir.

BIBLIOGRAFIA

- Almeida, S. L. 2016 Sarte: direito e política. (São Paulo: Boitempo)
- Aranes, P. E. 1994 Um departamento francês de ultramar: estudos sobre a formação da cultura filosófica uspiana (Rio de Janeiro: Paz e Terra)
- Bobbio, N. 1977 Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto (Milano: Comunità)
- Caldas, C. O. (2ed) 2016 Perspectivas para o direito e a cidadania: pensamento jurídico de Cerroni e o marxismo (São Paulo: Alfa-Omega)
- Caldas, C. O. 2015 Teoria da Derivação do Estado (São Paulo: Expressão Popular / Dobra Editorial)
- Cerroni, U. (org.) 1960 La prospettiva del comunismo (Roma: Riuniti)
- Cerroni, U. (org), Umberto Cerroni (introd) 1964 Teorie sovietiche del diritto.(Milano: Giuffrè)
- Cerroni, U. 1965 Marx y el derecho moderno (Buenos Aires: Jorge Alvarez)
- Cerroni, U. (2.ed) 1971 Teoria della crisi sociale in Marx: una reinterpretazione (Bari: de Donato)
- Cerroni, U. 1975 La teoria de las crisis sociales en Marx. (Madrid: Alberto Corazón)
- Cerroni, U. 1976a “Esiste una scienza politica marxista? In: Il marxismo e lo stato: il dibattito aperto nella sinistra italiana sulle tesi di Noberto Bobbio” Quaderni Mondoperaio: Rivista mensile del Partito Socialista Italiano (Roma)

- Cerroni, U. 1976b O pensamento jurídico soviético (Póvoa de Varzim: Publicações Europa-América)
- Cerroni, U. 1976c Teoria política e socialismo. (Mira Sintra-Mem Martins: Publicações Europa-América)
- Cerroni, U. 1977 Introducción a la ciencia de la sociedad (Barcelona: Critica)
- Cerroni, U. 1978 Crisi del marxismo? (Roma: Riuniti)
- Cerroni, U. 1979a “Existe uma ciência política marxista?” In: Araújo, Braz José; Figueiredo, Eurico de Lima (org.). O marxismo e o Estado. Federica L. Boccardo e Rennée Levie (trad) (Rio de Janeiro) (Coleção biblioteca de ciências sociais, v. 8)
- Cerroni, U. 1979b Problemas de la transición al socialismo. (Barcelona: Critica) Vol. 7
- Cerroni, U. 1979c Teoria del partito politico (Roma: Riuniti)
- Cerroni, U. 1981 “Pasukanis e la “grande svolta” nella cultura giuridica soviética”. In: Storia del marxismo contemporaneo (Milano: Giangiacomo Feltrin) (Coleção Universale economica).
- Cerroni, U. 1982 Teoria do partido político (São Paulo: Lech) (5.ed) 1990 Liberalismo e socialismo. Revista novos rumos(São Paulo: Novos Rumos)
- Cerroni, U. 1998 Lo Stato democratico di diritto – modernità e politica (Roma: Philos)
- Cerroni, U. 2002 Globalizzazione e democrazia. (Lecce: Manni)
- Cerroni, U., Bosetti, G. (org) 1989 Verso um nuovo pensiero político. In: socialismo liberale: il dialogo com bobbio oggi. (Roma: L’unità)
- Coutinho, C. N. 1992 Cortez (São Paulo) Vol.51 (Coleção polémicas do nosso tempo).
- Covre, M. L. M. 2001 (São Paulo: Brasiliense) 3.ed. (Coleção primeiros passos).
- Edelman, B. 1976 O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito (Coimbra: Centelha)
- Martorano, L. C. 2002 A burocracia e os desafios da transição socialista (São Paulo: Anita Garibaldi)
- Marx, K. 2013 O capital: crítica da economia política. Livro I: o processo da circulação do capital (São Paulo: Boitempo)
- Mascaro, A. L. 2003 Crítica da legalidade e do direito brasileiro (São Paulo: Quartier Latin do Brasil)
- Mascaro, A. L. 2013 Estado e Forma Política (São Paulo: Boitempo) (5ed.) 2016 Filosofia do Direito (São Paulo: Atlas)
- Miaille, M. (2ed.) 1994 Introdução crítica ao direito (Lisboa; Estampa)
- Naves, M. B. 2000 Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis. (São Paulo: Boitempo)

- Pachukanis, E. B. (1924) 2017 Teoria geral do direito e marxismo (São Paulo: Boitempo)
- Perrota, C. (org.) 2004 La scienza è una curiosità (Lecce: Manni)
- Poulantzas, N. 1977 “As transformações atuais do Estado, a crise política e a crise do Estado” In: Poulantzas, Nicos (org.). Estado em crise. Laura Viveiros de Castro (trad) (Rio de Janeiro: Graal) (Coleção biblioteca de estudos humanos. Série política e sociedade).
- Poulantzas, N. 1985 Graal (Rio de Janeiro) Vol.19 (Coleção biblioteca de ciências sociais, Série política).
- Sader, E. 1993 Estado e política em Marx (São Paulo: Cortez)
- Wood, E. M. 2003 Paulo Cezar Castanheira (trad) Democracia contra o capitalismo (São Paulo: Boitempo)

TEORÍA CRÍTICA Y DERECHOS HUMANOS

Mauro Benente*

1. INTRODUCCIÓN

Durante la segunda parte de la década de 1990 y primeros años de este siglo, América Latina se transformó en un escenario de potentes manifestaciones y rebeliones contra las políticas neoliberales. Con matices, este proceso de resistencia se tradujo en gobiernos progresistas y/o de izquierdas, algunos de los cuales avanzaron en novedosos procesos constituyentes. Uno de los casos más radicales fue el ciclo de resistencia que se conformó en Bolivia durante el decenio de 1990 y que tuvo su primer gran estallido durante la Guerra del Agua, desplegada entre septiembre de 1999 y abril del 2000. Fue en este ciclo de protestas de oposición a la privatización del agua en Cochabamba cuando las organizaciones sociales levantaron la bandera de una “«Asamblea Constituyente para cambiar el país sin intermediación política»” (Gutiérrez Aguilar, 2008: 80, Viaña, 2014: 92). A partir de un asunto común —el acceso al agua—, emergió la herramienta de la Asamblea

* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ) y de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la UBA. Director del Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales de la UNPAZ. Coordinador del Grupo de Trabajo “Pensamiento Jurídico Crítico” del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Constituyente, que se fue perfilando “como una organización política de nuevo tipo, gestada de participar, discutir y decidir sobre asuntos colectivos” (Gutiérrez Aguilar, 2008: 84).

Evo Morales asumió la Presidencia el 22 de enero de 2006 y el 4 de marzo se aprobó la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente. La sanción de la ley, así como la Asamblea Constituyente que empezó a sesionar el 6 de agosto de 2006, no fueron una ocurrencia del presidente sino una demanda que recogía la sedimentación de luchas contra el neoliberalismo protagonizadas por organizaciones indígenas y campesinas —y, en menor medida, sindicales—, muchas de ellas nucleadas en el Pacto de Unidad. El 5 de agosto de 2006, el Pacto aprobó la *Propuesta de las Organizaciones Indígenas, Originarias, Campesinas y de Colonizadores hacia la Asamblea Constituyente*, un borrador de texto constitucional que fue entregado al Presidente Morales cuatro días después. La propuesta se presentaba así: “el 13 de mayo de 2002 marca un hito histórico en el país cuando *los excluidos de siempre* iniciamos una marcha inmemorable desde la ciudad de Santa Cruz hacia La Paz, sede de gobierno, con una demanda que no sólo interesaba a los campesinos indígenas originarios sino a toda la población del país: la convocatoria a la Asamblea Constituyente para refundar Bolivia. En este marco, de manera sectorial las organizaciones campesinas, indígenas, originarias y de colonizadores de Bolivia empezamos procesos de elaboración colectiva de propuestas para una nueva Constitución Política del Estado, que incluya *nuestros derechos* y nuestra visión para la construcción de un nuevo país” (Asamblea Nacional de Organizaciones Indígenas, Originarias, Campesinas y de Colonizadores de Bolivia, 2006: 2; énfasis propio). Por su parte, en el 2010 —un año después de sancionada la Nueva Constitución Política— las organizaciones hicieron un balance, en el que subrayaron que “el *Pacto de Unidad*, creado formalmente en septiembre de 2004, es el espacio de articulación y encuentro de las organizaciones indígena originaria campesinas de Bolivia como resultado de un largo proceso de encuentros sectoriales a nivel de comunidades, instancias regionales y ámbitos nacionales para reflexionar sobre sus problemáticas, *el reconocimiento y ejercicio de sus derechos*” (Pacto de Unidad, 2010: 14; énfasis propio).

Si se revisan las luchas del siglo XX desplegadas por *los excluidos de siempre*, la bandera enarbolada era la del socialismo, la emancipación, la liberación (Sousa Santos, 2012, 2014). Lo interesante del proceso boliviano es que *los excluidos de siempre* demandaron una asamblea constituyente que reconociera sus *derechos*. Las asambleas constituyentes, los *derechos*, tradicionalmente mirados con sospecha por las tradiciones de izquierdas, se habían transformado en

exigencias de *los excluidos de siempre*, de aquellos que para las izquierdas deben protagonizar los procesos de emancipación. Ante este escenario, las teorías *críticas* del derecho pueden reafirmar los embates frente a los *derechos humanos*, o intentar conceptualizarlos de otro modo. Si son las propias organizaciones populares las que articulan sus demandas en términos de derechos, creo que el primer esfuerzo, el que aquí propongo, debe ser avanzar en una conceptualización *crítica* de los derechos humanos, y solo rechazar su régimen discursivo si lo anterior no resulta posible.

Para avanzar con mi cometido, en primer lugar reviso la categoría de *crítica*, tal como la han desarrollado, con diferentes tonalidades, Immanuel Kant, Karl Marx y la Escuela de Fráncfort. Con excepción de la obra de Kant, me interesa destacar que la *crítica* se vincula con el reproche hacia el orden existente, y con una apuesta por la emancipación. Luego reviso de modo bastante genérico las tendencias de los estudios *críticos* del derecho en los Estados Unidos y en Gran Bretaña. Finalmente, trato de delinear los contornos de una teoría de los derechos humanos comprometida con la tarea emancipatoria.

2. TEORÍA CRÍTICA Y EMANCIPACIÓN

Cuando hablamos de teorías *críticas*, a menudo hacemos referencia a enunciados que presentan disconformidades con tal o cual situación; también aludimos a formulaciones y teorizaciones ordenadas y solventes. Etimológicamente, la palabra *crítica* proviene del verbo κρίνειν (*krínein*), que podría traducirse como discernir, separar, distinguir, y también juzgar. Estas definiciones de la *crítica* no son correctas ni incorrectas, aluden a distintos sentidos y se emplean en diferentes planos. En un registro más propio de la tradición de la filosofía, la *crítica* supone un ejercicio que intenta dar cuenta de las *condiciones de posibilidad* o *supuestos no explícitos* de prácticas, discursos, e instituciones. En esta tradición, el origen moderno de la *crítica* debemos situarlo en la obra de Immanuel Kant.

2.1. EL INICIO DE LA CRÍTICA

La parte *crítica* de la obra de Kant se compone de *Crítica de la razón pura*, *Crítica de la razón práctica* y *Crítica del juicio*. En *Crítica de la razón pura* —y también en los *Prolegómenos a toda metafísica futura*—, la *crítica* se enuncia en un sentido delimitado: el estudio de la capacidad de la razón con respecto al conocimiento *puro* o *a priori*, esto es, no derivado de la experiencia. Es una propuesta de analizar a la razón “para establecer si acaso ésta, sin apoyarse en otra cosa que no sea ella misma, puede alcanzar un conocimiento que sea digno de ese nombre” (Caimi, 2007: XVI). El proyecto de Kant era someter a

un juicio *crítico* a la razón, y “si la metafísica estudiaba las primeras causas y los primeros principios que son el fundamento de todo lo demás, el criticismo estudia los fundamentos de la metafísica misma” (Caimi, 2007: XIX).

En términos estrictos, la pregunta de Kant es la siguiente: ¿cómo son posibles los juicios sintéticos *a priori*?, y en términos más amplios, si la razón puede transitar “el andar seguro de la ciencia” (2007:15). Para avanzar en estos laberintos es necesario interrogarse cómo conoce la ciencia más exacta y general: la física matemática (García Morente, 1976: 37). Formulada de otra manera, la pregunta sobre la que gira buena parte de la reflexión es, entonces, esta: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad de ese andar seguro de la ciencia? Más allá de las respuestas a que llega Kant, en vista de un contraste con el sendero de la *crítica* que abrirá Marx, aquí me interesa subrayar que estas condiciones de posibilidad, estos supuestos no explícitos, se enuncian en un plano trascendental, formal y, por ello, nítidamente ahistórico.

En *Fundamentos de la metafísica de las costumbres* y en *Crítica de la razón práctica*, Kant se interroga por el actuar moral de los hombres. El origen de las obligaciones morales se sitúa en la dimensión de una razón pura, no contaminada de variables empíricas (Körner, 1977: 117)¹, y la razón práctica alude a la “capacidad de elegir la propia acción independientemente de las motivaciones, de los impulsos, las necesidades y las pasiones sensibles” (Höffe, 1986: 163). Por otra parte, en la *Crítica del juicio*, o de *la facultad de juzgar*, o del *discernimiento*, de acuerdo con las posibles traducciones de *Urteilstkraft*, Kant distingue dos ámbitos de aplicación del discernimiento: uno subjetivo o estético, y otro objetivo o lógico. En lo que refiere al discernimiento estético, Kant analiza los juicios que tienen la forma de “x es bello”, que no suponen que conocemos que x es bello, sino que lo enjuiciamos así porque “en su contemplación experimentamos ese sentimiento de placer que constituye lo esencial y característico de la experiencia estética” (Mas, 2003: 55). La belleza no es un atributo de los objetos sino una experiencia del sujeto, pero como sus juicios poseen la estructura “A es B” sus formas pretenden validez universal, y entonces

1 Kant separa la ley moral de toda contingencia empírica en estos términos: “la genuina ley moral, en toda su rectitud (lo más importante dentro del ámbito práctico), no ha de buscarse sino en una filosofía pura, por lo cual ésta (metafísica) tiene que ir por delante y sin ella no puede darse ninguna filosofía moral; es más, aquella filosofía que mezcla esos principios puros con los empíricos no merece tal nombre (pues la filosofía se distingue del conocimiento racional común por exponer en ciencias compartimentadas lo que éste concibe de manera entremezclada) y menos aún el de «filosofía moral», porque merced a esa mezcolanza perjudica la rectitud misma de las costumbres y viene a proceder en contra de su propia meta” (2012: 72).

el proyecto de la *analítica* es indagar cuáles son las capacidades cognitivas que hacen posibles los juicios estéticos sobre lo bello. En estas dos *críticas*, nuevamente Kant se interroga sobre las condiciones de posibilidad y los supuestos no explícitos del actuar moral y del juicio estético que, al igual de lo que se leía en la primera *crítica*, solo pueden ser universales, trascendentales, formales y ahistóricos. Este registro de universalidad y ahistoricidad mutará con el modo en que la *crítica* se despliega en los trabajos de Marx.

2.2. CRÍTICA Y TRANSFORMACIÓN SOCIAL. EL APOORTE DE KARL MARX

En octubre de 1836, Marx se instaló en Berlín y rápidamente se vinculó al “Club de los Doctores de Berlín”, sede de reunión de los *hegelianos de izquierda*, que mantuvieron la pregunta por la condición de posibilidad de prácticas, discursos e instituciones, pero se esforzaron por mostrar que ellas eran *históricas y materiales*. Retomaron el sendero de la *crítica*, pero la usaron en contra de la filosofía trascendental que le había dado origen: “sacan de la Enciclopedia de Hegel toda la riqueza de estructuras disponibles, con el fin de hacer uso de las adquisiciones conceptuales de Hegel para un pensamiento histórico radical” (Habermas, 1993: 72). De esta manera, en la *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*, Marx sostiene que el método especulativo hegeliano toma “conceptos procedentes del mundo empírico finito y se limita a afirmar, falazmente, que son elementos de un marco categorial *apriorístico*” (Leopold, 2012: 61)².

La *crítica* se propone mostrar las condiciones históricas de las prácticas, discursos e instituciones y pone en crisis su pretendida universalidad. Dentro de estas condiciones históricas, las bases materiales cumplen un papel fundamental y es así como “«criticar» el derecho, la moral y la política es confrontarlos con su «base materialista», con el proceso de constitución de las relaciones sociales en el trabajo y la producción” (Balibar, 2000: 23). El desenmascaramiento de los discursos pretendidamente universales subraya que los objetos de estudio y las categorías de análisis de las distintas disciplinas se encuentran social e históricamente construidas. La *crítica*, entonces, “debe mostrar las *condiciones de surgimiento* de esas *relaciones sociales* y las *condiciones de surgimiento* de las *categorías* con las cuales se pretende hacerlas inteligibles” (Pérez Cortés, 2013: 178).

² La *crítica* marxista muestra que “la filosofía hegeliana de la historia transfiguraba las estructuras clasistas de explotación en realizaciones de conceptos de la naturaleza humana, y por consiguiente atribuía una inmerecida dignidad a las imágenes que los hombres, especialmente los privilegiados, habían construido para sí” (Cohen, 1986: 23).

Desde esta perspectiva, la *crítica* del derecho, la iluminación de sus supuestos y condiciones históricas de posibilidad, nos impide hablar del “derecho” a secas y nos obliga a aludir al “derecho burgués” o “capitalista” (Correas, 2008: 49). Si bien en su trabajo de 1842, dedicado al análisis de la criminalización de la apropiación de leña, Marx ya advertía que algunas prácticas de los sectores pobres se configuraban como delitos incluso cuando ni siquiera violaban la propiedad (1983: 207-208), y en *Sobre la cuestión judía* mostraba que los derechos del hombre garantizaban el egoísmo del mercado (2004: 29-33)³, las conceptualizaciones sobre el derecho cobran mayor nitidez hacia la segunda parte de la década de 1840. En *La ideología alemana*, escrita entre 1845 y 1846, Marx y Engels recalcaron que el derecho reflejaba intereses de clase⁴ y se supeditaba a las condiciones de producción⁵. Por otra parte, en *La miseria de la filosofía* de 1847, Marx sostenía que la ley se adecuaba a las exigencias económicas de los distintos momentos históricos⁶. Asimismo, en *Manifiesto comunista*, de 1848, Marx y Engels reiteraron que “vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley, una voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase” (1998: 52). Una década más adelante, en el famoso “Prefacio” a la *Contribución de la crítica de la economía política*, Marx planteó que las formas jurídicas y políticas debían estudiarse en relación con la sociedad civil leída en clave de economía política. Desde este punto de vista, enunció que el conjunto de relaciones sociales de producción “constituye la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se alza un edificio [Überbau] jurídico y político, y a la cual corresponden determinadas formas de la conciencia social. El modo de producción de la vida material determina [bedingen] el proceso social, político e intelectual de la vida en general” (2000: 4-5)⁷.

3 En el mismo sentido, ver Marx y Engels (2013: 144-145, 155, 2014: 169-170).

4 Postulaban que el derecho privado se reduce “a un poder perfectamente determinado y concreto, el poder de los propietarios privados” (Marx, Engels, 2014: 279). En un registro más general, sostenían que “las relaciones jurídicas cambian y civilizan su expresión con el desarrollo de la sociedad civil, es decir, al desarrollarse los intereses personales como intereses de clase” (2014: 298).

5 A modo de ejemplo, el derecho de herencia “es el que más claramente demuestra la supeditación del derecho a las condiciones de la producción” (Marx, Engels, 2014: 319).

6 Allí afirmaba que “tanto la legislación política como la civil no hacen más que expresar y protocolizar las exigencias de las relaciones económicas” (1987: 45).

7 Si bien ésta representa la formulación canónica del materialismo histórico, un desarrollo conceptual parecido ya se encontraba en *La ideología alemana*. Ver Marx, Engels (2014: 286).

Si bien volveré más adelante sobre el plano jurídico, aquí me interesa destacar que el ejercicio *crítico* que busca los supuestos implícitos y las condiciones de posibilidad del derecho, nos alumbró sobre su estrecha vinculación con los intereses de clase y la estructura económica de la sociedad. Además, en términos más generales, la historización de prácticas, discursos e instituciones, la relativización de lo universal, vigente y aceptado, abre las puertas de su transformación. Es por ello que la potencia de esta *crítica* se sitúa no solamente en el plano estrictamente conceptual sino también en su dimensión política (Rendueles, 2012: 13-14). En este sendero hay que inscribir la famosa *Tesis XI* sobre Feuerbach, en la que Marx sostenía que “los filósofos se han limitado a *interpretar* el mundo de maneras diferentes; ahora lo que importa es *transformarlo*” (2012: 408). En esta dimensión, la *crítica* mantiene la indagación por las condiciones de posibilidad de discursos, prácticas e instituciones, pero en vistas de su *transformación*, premisa que será profundizada por la Escuela de Fráncfort.

2.3. EL EMBATE AL POSITIVISMO METODOLÓGICO. LA ESCUELA DE FRÁNCFORT

En 1931, Max Horkheimer pronunció su lección inaugural como profesor ordinario de *Filosofía social* y director del Instituto de Estudios Sociales —más conocido como Escuela de Fráncfort—. Allí argumentaba que la *filosofía social* tenía por objetivo realizar la filosofía, algo que solo era posible a través de su compenetración con las ciencias sociales (Sánchez, 1998: 19-20). Realizar la filosofía no era otra cosa que transformar la sociedad, y si bien Horkheimer estaba preocupado por inundar al idealismo alemán con las ciencias sociales, en trabajos posteriores (1972) aclaró que el sendero del positivismo metodológico que estaban transitando las ciencias sociales no era el camino⁸. Con el paradigma del positivismo, “la razón ha llegado a estar enteramente al servicio del proceso social. Su valor operativo, su papel en el dominio de los hombres y de la naturaleza, se constituyen en criterios exclusivos” (2004: 15).

Quien en los primeros años del decenio de 1930 ya desconfiaba de la deriva positivista de las ciencias sociales era Theodor Adorno, que en su lección inaugural dedicada a *La actualidad de la filosofía*, proponía preservar a la filosofía de una contaminación con las ciencias sociales (Sánchez, 1998: 20-21). El positivismo metodológico había

8 Cuando aludo al positivismo metodológico me refiero a un monismo que trasplanta el método de las ciencias naturales al estudio de los procesos sociales, reduciendo la práctica científica a un registro, descripción y eventual predicción de lo existente.

limitado las ciencias sociales a la tarea de describir el funcionamiento social, y con esa mera descripción, a reproducirlo. Las ciencias sociales se habían transformado en un discurso de orden y entonces podía decirse que “no existen ya ideologías en el sentido estricto de falsa conciencia, sino solo propaganda por un determinado mundo mediante su reproducción” (1962: 28). Frente a este paradigma positivista, Horkheimer delineó los contornos de una teoría *crítica*.

2.3.1. TEORÍA TRADICIONAL Y TEORÍA CRÍTICA

Horkheimer publicó *Teoría tradicional y teoría crítica* en 1937, separando un modo *tradicional* de hacer teoría y un modo *crítico*. En la teoría *tradicional*, la ciencia social positivista se reduce “a un conjunto de proposiciones acerca de un campo de objetos, y esas proposiciones están de tal modo relacionadas unas con otras, que de algunas de ellas pueden deducirse las restantes” (2003: 223). Asimismo, la validez de la teoría “consiste en que las proposiciones deducidas concuerden con eventos concretos” (2003: 223). La teoría constituye una generalización de lo inmediato, que se traduce en un rebajamiento conceptual: se anula toda dimensión reflexiva y lo único relevante es la preocupación por lo aplicado y aplicable (Entel, 2000: 55-56).

Frente a esta teoría *tradicional*, Horkheimer enunció el proyecto de una teoría *crítica*, que pone en duda la separación entre sujeto y objeto de conocimiento que la teoría *tradicional* predica (2003: 239-243), y también el carácter externo del objeto de estudio respecto de la teoría que lo analiza (2003: 259). La teoría *crítica* no se presenta como un insumo para aplicarse en algún aspecto concreto de la realidad, sino para transformarla (2003: 269). No obstante, si la teoría *crítica* se limita a describir la situación del proletariado, se transforma en una teoría tradicional especializada (2003: 246), puesto que describiendo y glorificando al proletariado, pero renunciando a la reflexión teórica, no hace más que tornarlo ciego y débil (2003: 246). Bien por el contrario, el teórico *crítico* debe operar como un “factor estimulante, transformador” (2003: 247), y no hablar en nombre de la clase subalterna sino junto con ella (2003: 247).

Con aires de familia a esta contraposición entre teoría *tradicional* y teoría *crítica*, Jürgen Habermas analizó *críticamente* el positivismo (1988: 21-77), polemizó con las concepciones pretendidamente objetivas del conocimiento, y aseguró que siempre se encuentra guiado por algún tipo de interés (1989). Puede tratarse de un interés técnico, *práctico* o *emancipatorio*. Los dos primeros apuntan a la reproducción y a la socialización de los individuos, mientras que el último se relaciona con el proceso histórico de autoconstitución individual, de *liberación* progresiva de la opresión (Ureña, 1978: 100) y

tiene por objeto la autorreflexión y la denuncia a las objetivaciones que en los sujetos produce el poder (Habermas, 1989: 283). También con aires de familia a la impugnación de la teoría *tradicional*, hay que mencionar las sospechas que Benjamin formuló a la historiografía positivista.

2.3.2. UNA HISTORIOGRAFÍA NO POSITIVISTA

Walter Benjamin embate contra el positivismo y las ideologías del progreso de la historia (Benjamin, 1989a, 1989b), pero no desde un anclaje que hoy se denominaría posmoderno porque no pretende estar más allá de los relatos, sino que despliega “una forma heterodoxa de relato de la emancipación [...] utiliza la nostalgia del pasado como método revolucionario de crítica del presente” (Löwy, 2002: 14). El proyecto teórico y político de Benjamin era “profundizar y radicalizar la oposición entre el marxismo y las filosofías burguesas de la historia, intensificar el potencial revolucionario del primero y elevar su contenido crítico” (Löwy, 2002: 32).

En su embate contra el positivismo, Benjamin subrayaba que “articular históricamente lo pasado no significa conocerlo «tal y verdaderamente como ha sido»” (1989b: 180). Hacer un relato de lo sucedido es narrar la historia de los vencedores, lo que transforma la historiografía en lecciones de derecho público, de justificación de las autoridades (Foucault, 1997: 101-120). Eso forma parte de la historia, pero también la integran los sueños no realizados de los vencidos, las derrotas, y para avanzar en un horizonte de emancipación es importante que el historiador “logre encender en lo pasado la chispa de la esperanza” (Benjamin, 1989b:180-181). Quien hace historia desde el materialismo histórico no debe peinar la historia sino “pasarle a la historia el cepillo a contrapelo” (Benjamin, 1989b: 182), en vistas a recuperar esos proyectos que fueron sepultados, pero que son claves para construir sobre las ruinas, o con ellas, algún cimiento de emancipación.

2.4. CRÍTICA Y EMANCIPACIÓN

A partir de la reconfiguración marxista, el núcleo de la *crítica* radica en producir conocimiento con miras no de reproducir el orden social, sino de trastocarlo. La *crítica* kantiana habilitó la pregunta por las condiciones de posibilidad o supuestos no explícitos de prácticas discursivas y no discursivas; la *crítica* de los jóvenes hegelianos de izquierda historizó la pregunta y sus respuestas, y a partir de ello la filosofía rubricó un compromiso con la transformación social. Con esta plataforma reseñaré algunas teorías *críticas* del derecho, para luego avanzar en la agenda de los derechos humanos y la emancipación.

3. TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO

Si deseamos aportar algo de luz sobre los estudios *crí(p)ticos* del derecho, debemos encontrar algún aspecto relativamente compartido por los distintos enfoques que se asumen como *críticos*. Creo que este elemento es el reproche y el escape al positivismo metodológico aplicado al derecho. Se trata de un rechazo a reducir el objeto de estudio a un conjunto de normas observables, y hacerlo a la luz de una teoría que se limita a describirlas y/o analizar sus propiedades y relaciones lógicas. Los estudios *críticos* del derecho denuncian la supuesta pureza del objeto a ser estudiado y de la teoría a ser construida. Aunque aquí no lo podré desarrollar, a diferencia de lo que sucede en otras disciplinas, sospecho que en el campo jurídico muchas teorías se asumen como *críticas* por el hecho de apartarse del positivismo metodológico, aun cuando no conciben la producción de conocimiento como parte de una tarea emancipatoria. Dejando esta discusión pendiente, quisiera reseñar brevemente el desarrollo de las teorías *críticas* del derecho en Estados Unidos y Gran Bretaña.

3.1. LOS CRITICAL LEGAL STUDIES

El movimiento de los *Critical Legal Studies* (CLS) tuvo un fuerte desarrollo en Estados Unidos en los decenios de 1980 y 1990, pero ya hacia fines de la década de 1990 Peter Newman y Duncan Kennedy (1998) reconocían que su dimensión política se encontraba en declive. En los últimos años ya no se leen estudios sobre grandes temáticas jurídicas, sino trabajos sobre aspectos más específicos, como la raza o los géneros (Tushnet, 2005). De todas maneras, todavía es relevante ordenar algunos de los núcleos problemáticos abordados por los CLS.

Recuperando las conceptualizaciones del realismo jurídico, los CLS adoptaron la noción de la indeterminación del derecho y disputaron la tesis de la inexistencia de discrecionalidad judicial y la única respuesta correcta en los casos judiciales. Esto les permitió mostrar la dimensión política de las sentencias y oponerse a los *análisis económicos del derecho*, y a las propuestas de Ronald Dworkin: frente a la defensa de una única interpretación correcta de las normas y una sola respuesta correcta a los casos judiciales estilizada en la metáfora del juez Hércules (Dworkin, 1978: 81-130, 1986), los CLS subrayaron que por más que se quisiera interpretar las normas a la luz de los principios, estos son contradictorios y no se cuenta con un metaprincipio para suprimir la discrecionalidad (Altman, 1986). Por su parte, para Kennedy, los jueces pueden obtener el resultado del caso que deseen, incluso cuando sea distinto

del previsto por la ley⁹. Esta mirada relativiza la distinción entre el órgano que crea la norma —el Parlamento— y otro que supuestamente se limita a aplicarla, el poder judicial (Kennedy, 1998).

Otro eje de trabajo fue la educación jurídica, ámbito que permite corroer los límites entre teoría y práctica, y mostrar que es posible *criticar* ciertas prácticas y articular opciones. En varios trabajos, Kennedy (1980, 1982, 1983) sostuvo que en las escuelas de derecho los y las estudiantes se subjetivan con un discurso conservador y se forman con prácticas de jerarquía y obediencia. Sobre el abordaje de los temas jurídicos, el diagnóstico de Kennedy era muy preciso: “la parte central de la ideología es la distinción entre derecho y política” (1982: 60). Ni siquiera puede afirmarse que los espacios sean ocupados por ideales liberales, sino que directamente no hay presencia de ideales políticos¹⁰, y esta formación legitima las prácticas jerárquicas y autoritarias que funcionan en el poder judicial, a la vez que excluye todo discurso político emancipatorio (Klare, 1982).

Finalmente, otro de los ejes de trabajo ha sido la revisión del marxismo, y las distancias con él. Los CLS se concibieron como un movimiento académico y también político, por lo que dentro de su radar estaba el interés por desarrollar transformaciones y prácticas emancipatorias usando las herramientas jurídicas. Si se reduce el derecho a una herramienta de protección de los intereses de las clases dominantes, a un epifenómeno del conjunto de relaciones sociales de producción, las herramientas legales serían no solamente inútiles sino contraindicadas para avanzar hacia un horizonte de emancipación. Si bien volveré sobre el tema, aquí quisiera remarcar que algunos autores han planteado diferencias con las conceptualizaciones que Marx realizó sobre el derecho, relativizando el poder de las élites para controlar todas y cada una de las instancias de decisión política y jurídica (Kelman, 1987). Por otro lado, Gordon (1998), sumando algunas perspectivas no incluidas en los marxismos clásicos, subrayó que el derecho no solo reproduce las relaciones sociales capitalistas haciendo uso de la coacción sino también —e incluso fundamentalmente— desarrollando una potente dimensión hegemónica, lo que convierte el capitalismo en aceptable e incluso deseable.

9 El razonamiento jurídico tiene el propósito de “hacer que el caso se resuelva tal y como mi sentido de justicia dice que debe hacerse, a pesar de aquello que a primera vista parece como *resistencia* u *oposición de la ley*” (Kennedy, 2008: 24).

10 En otro trabajo, Kennedy no reitera la separación entre derecho y política, sino que sostiene que mientras que los componentes de centro-izquierda son escasos y están dispersos, “el componente doctrinal de derecho privado del plan de estudios es políticamente de centroderecha” (1983: 2).

3.2. LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO EN GRAN BRETAÑA

En la década de 1980, la *deconstrucción* delineada por Jacques Derrida se transformó en una perspectiva muy fructífera para abordar al derecho no como un simple sistema de normas sino como un texto en toda su complejidad: atravesado no por la coherencia sino por una multiplicidad de incoherencias, no por un orden estricto sino por el desorden. Frente al positivismo, se mostraba que aquello que supuestamente era exterior y ajeno al derecho —la política, la moral, la cultura— no podía dejarse de lado en los estudios jurídicos: estaban dentro de los textos legales. De esta manera, “la crítica se transformó en semiótica, un proceso de resignificación en el que los textos resultaron burlados o vueltos contra sí mismos para liberar su potencial radical” (Douzinas, 2009: 52). Por su parte, de conformidad con este gesto distante del positivismo metodológico, Goodrich (1990) reconstruyó la historia del *common law* a través del estudio, no de las normas ni las sentencias, sino de los símbolos, las imágenes, los rituales que acompañaban y eran parte constitutiva de los actos jurisdiccionales. Esto implicó una mayor atención en el lenguaje iconográfico y visual, en desmedro del propio lenguaje textual (2004).

Con fuertes críticas al positivismo, la teoría británica puso en duda la distinción entre derecho y moral. Algo similar predicaba Dworkin, mostrando que los principios morales integraban el sistema jurídico, y entonces había que interpretar las normas a la luz de estos principios. De todas maneras, frente al positivismo incluyente, a partir de la segunda parte de los ochenta y durante la década de 1990, la estrategia de los críticos fue analizar si las interpretaciones, de las normas “leídas a su mejor luz”, funcionaban como reproductoras de la dominación. La estrategia fue analizar *críticamente* la lectura moral del derecho, estudiando si nos situaba frente a un resultado emancipador o reproductor del orden social.

Finalmente, a principios del siglo XXI los trabajos se volcaron a reflexionar sobre las estrategias de resistencia frente a distintos aspectos de la dominación. Fue en este contexto en el que Costas Douzinas destacó que los derechos humanos, que en su origen habían tenido una notable potencia emancipatoria, hacia fines del siglo XX y principios del siglo XXI se habían transformado “en un dispositivo de las relaciones de poder, en la herramienta de la política exterior de los superpoderes del mundo actual, en la ética de una ‘misión civilizadora’ contemporánea, cuyo objeto es la extensión del capitalismo y la democracia a las tinieblas más oscuras del planeta” (2000: 380).

4. TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO, EMANCIPACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Dentro de las teorías *críticas* que manifiestamente se preocupan por la agenda de la transformación social pueden distinguirse aquellas que postulan una emancipación *del* derecho, una resistencia *al* derecho, y otras que creen posible resistir *con* el derecho.

Una de las líneas de los CLS, la menos predominante y representada fundamentalmente por Hutchinson y Monahan (1984, 1987), pone de relieve que la lucha por la realización de los derechos humanos no favorece ni ayuda a los sectores populares porque tienen una matriz individualista, y contribuye a la legitimación y reproducción de un orden social desigual. Teniendo en cuenta este diagnóstico, la agenda de la emancipación incluye una resistencia no *con* sino *al* derecho. Sin embargo, la mirada predominante no es tan escéptica y encuentra resquicios para resistir *con* el derecho. En este sentido, Delgado (1987) cree que los desarrollos que encuentran en el derecho solamente un dispositivo de reproducción del orden social atentan incluso contra los sectores que los críticos están llamados a emancipar. Además, no es cierto que los logros parciales generen conformismo con el orden social, y en muchos casos son un primer paso para avanzar en transformaciones radicales. Dentro de este paradigma que encuentra márgenes de resistencia *con* el derecho es posible incluir el *uso alternativo del derecho* que, postulando su autonomía relativa, sugiere la posibilidad de emplearlo contra los intereses de la clase dominante (Barcellona, 1976). También aquello que Cárcova (2009: 139-140) denominó *función paradójica del derecho*: en términos generales, el derecho estructura y reproduce el orden social, pero en algunos casos —en manos de movimientos sociales— puede ser una herramienta de transformación.

Dentro de esta discusión, Peter Fitzpatrick (2011) propone distinguir entre una dimensión *responsiva* o *relacional* y otra *determinada* o *extraordinaria* del derecho. En su plano *determinado* aparece como definido y completamente estructurado, absolutamente desligado de las luchas sociales, y entonces solo queda una opción: resistir *al* derecho. Sin embargo, ese mismo derecho tiene una dimensión de *indeterminación*, de *responsividad*, que se nutre y se *relaciona* con las luchas populares y desborda así la dimensión de *determinación*. Entendida en su dimensión *responsiva*, es posible resistir *con* el derecho. Con aires de familia, pero circunscribiendo la discusión ya no a todo el derecho sino a los derechos humanos, Wendy Brown (1995: 97-98) enuncia una paradoja entre el plano universal, acultural y ahistórico de los derechos, y el carácter histórico y culturalmente situado de las luchas por la emancipación de grupos excluidos. Esta primera paradoja

genera otra: en algunos casos, los derechos humanos son herramientas de emancipación y en otros de reproducción del orden, y como ello depende de la intersección entre los derechos y cada una de las luchas y procesos históricos, no se puede construir una conceptualización genérica sobre el carácter conservador o emancipatorio de los derechos humanos (1995: 100).

Tal como marcaba al principio de este texto, si las propias organizaciones populares articulan sus demandas emancipatorias con un discurso de derechos humanos, entonces las teorías *críticas* deben esforzarse por establecer una delimitación conceptual de los derechos que potencien y no limiten esas demandas. En otras palabras, de lo que se trata es de hacer un uso emancipatorio de los derechos humanos, pero también de conceptualizarlos de modo emancipatorio. Es cierto que el carácter conservador o emancipatorio de los derechos depende de cómo se inscriben en un registro histórico, pero también de cómo se los conceptualiza. Entonces, y para cerrar este trabajo no con conclusiones sino con una apertura a continuar la reflexión, me parece que una teoría *crítica* o emancipatoria de los derechos humanos debería incorporar una concepción histórico-política, una concepción domesticadora o una racionalidad común.

4.1. CONCEPCIÓN HISTÓRICO-POLÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En "*Hay que defender la sociedad*", Michel Foucault indaga si la máxima enunciada por el general prusiano Carl von Clausewitz, según la cual "la guerra es la continuación de la política por otros medios" (Clausewitz, 1999: 47), no constituía la inversión de otra máxima que indicaba que "la política es la guerra continuada por otros medios" (Foucault, 1997: 16). La conclusión a la que llega indica que Clausewitz invirtió el lema, que había sido construido por aquello que Foucault denomina *discurso histórico político*, que postula que "la ley no nace de la naturaleza, al lado de las fuentes que frecuentan los primeros pastores; la ley nace de las batallas reales, de las victorias, de las masacres, de las conquistas que tienen su fecha y sus héroes de horror; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas: ella nace con los famosos inocentes que agonizan mientras nace el día" (Foucault, 1997: 43).

El *discurso histórico-político* busca por debajo de lo justo y del orden un pasado de batallas: "se trata de reencontrar la sangre que se ha secado en los códigos [...] bajo la estabilidad del derecho reencontrar lo infinito de la historia, bajo la fórmula de la ley los gritos de guerra, bajo el equilibrio de la justicia la disimetría de las fuerzas" (1997: 48). La ley y el Estado no son la institucionalidad que surge del armisticio y la pacificación: "contrariamente a lo que dice la teoría

filosófica-jurídica, el poder político no comienza cuando cesa la guerra” (1997: 43). De esta manera, la ley “no es pacificación, ya que bajo la ley, la guerra continúa causando estragos al interior de todos los mecanismos de poder” (1997: 43). El poder político no establece ni mantiene la paz, sino que reproduce los desequilibrios de fuerza de los cuales emergió (Reid, 2008: 29). Una teoría emancipatoria de los derechos humanos debería recoger este tipo de trabajo genealógico y desarrollar una *concepción histórico-política* de los derechos humanos, que es muy distinta de la concepción judicial de los derechos.

Si retomamos el caso argentino, buena parte de la resistencia a la última dictadura cívico-militar se hizo en el registro discursivo de las violaciones a derechos humanos. En este marco, el caso de las demandas por el derecho a la identidad de los bebés nacidos en los centros clandestinos de detención puede emplearse como un laboratorio conceptual de la contraposición entre una *concepción histórico-política* y otra judicial de los derechos humanos. Las actrices protagónicas de las búsquedas fueron las Abuelas de Plaza de Mayo, quienes desde el 20 de octubre de 1977 intentan incansablemente dar con sus nietos y nietas. Lo notable es que en las causas judiciales en las cuales la Corte Suprema tomó intervención a propósito de temas vinculados a la extracción de sangre a posibles bebés apropiados/as (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2003, 2009a, 2009b), el tribunal ni siquiera mencionó la lucha de las Abuelas, que además eran querellantes.¹¹ A contrapelo de una *concepción histórico-política* del derecho a la identidad, que muestre la lucha de las Abuelas en el origen de los derechos, pero también al derecho como una herramienta de batalla, el discurso judicial silencia las luchas y sus protagonistas. La concepción judicial formula un derecho sin sangre ni lágrimas.

Desplegar una *concepción histórico-política* de los derechos humanos no solamente implica mayor precisión con los procesos históricos que les dieron lugar, marcados por las batallas y los procesos de resistencia, sino que además permite amparar jurídicamente las disputas por la realización y el mantenimiento efectivos de los derechos consagrados. Una *concepción histórico-política* de los derechos humanos debe definirlos a la luz de su contenido, pero también de las luchas que dieron y dan forma a ese contenido; por ello supone que la protección de los derechos debería amparar tanto aquello que comprenden cuanto los procesos de lucha que le dieron origen, y buscan preservarlos y/o profundizarlos.

¹¹ Desarrollamos este tema en Benente, Véliz (2014).

4.2. CONCEPCIÓN DOMESTICADORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El discurso liberal de los derechos del hombre y del ciudadano que se configura en los siglos XVIII y XIX es contemporáneo a la emergencia de los estados modernos, y no es casual que los derechos se hayan articulado como límites al accionar de los estados. Los derechos humanos, con su configuración liberal, se conciben en relación con el poder del Estado, sea para exigir que realice determinadas acciones o para que se abstenga de realizar otras. Sin embargo, si la gramática de los derechos se encuentra vinculada al poder, entiendo que la circunscripción del poder solamente en el Estado supone una mirada reduccionista. Para ser más explícito: además de conceptualizar los derechos humanos en relación con el poder del Estado, una teoría *emancipatoria* debería definirlos también en relación con el poder económico no estatal. De esta manera, construir una *concepción domesticadora* de los derechos humanos implica regular no solamente el poder estatal sino también los poderes que el constitucionalismo y los derechos humanos rara vez mencionan (Clavero, 2007), y que se encuentran en una situación de salvajismo (Ferrajoli, 2011): los poderes de las grandes corporaciones.

4.3. RACIONALIDAD COMÚN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En escenarios de extrema desigualdad en la distribución de bienes, cuando las organizaciones populares articulan sus demandas en términos de derechos, generalmente enarbolan las banderas de los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Uno de los primeros obstáculos para el reconocimiento judicial de los DESC fueron los argumentos que hicieron de ellos derechos no exigibles. Aquí no quisiera restituir estas discusiones, que en parte están resueltas por el sendero de su exigibilidad (Abramovich, Courtis, 2002), sino más bien mostrar que existe una distinción entre “derechos socializados y derechos privatizados, o sea, entre derechos generalizables y privilegios excluyentes” (Pisarello, 2007: 77). Incluso podríamos avanzar un poco más y sostener que no existen derechos socializados y privatizados, sino que estamos frente a una racionalidad *común* o privatizadora de todos los derechos. Al menos en un registro conceptual entiendo que no existen algo así como derechos *liberales* y derechos *sociales*, sino que existen *racionalidades* liberales o sociales (o *comunes*) para regular los derechos. Por ejemplo, el acceso a la vivienda puede reglamentarse bajo una matriz liberal que suponga que el mercado distribuye su acceso, o bajo una racionalidad *común* que busque desmercantilizar su acceso.

Esta racionalidad *común* de los derechos humanos se emparenta con aquello que François Ewald denominó *derecho social*, que no funciona corrigiendo las injusticias del derecho liberal sino como “un nuevo

tipo de espacio político con su propia lógica interna” (1986: 40). El *derecho social* no se reduce a la regulación de aspectos no contemplados por el derecho liberal, no llena sus lagunas, sino que es “un proceso de transformación, capaz de moverse a través de todas las disciplinas legales” (1986: 40). Las teorías *críticas* deben esforzarse por conceptualizar bajo una racionalidad *común* no solamente a los DESC, sino también los derechos en principio más alejados a las demandas emancipatorias, como los de propiedad o de libertad comercial. De lo contrario, la realización de los denominados DESC se encontrará obstaculizada por la racionalidad liberal de los generalmente conocidos como civiles y políticos.

BIBLIOGRAFIA

- Adorno, T. 1962 “La crítica de la cultura y de la sociedad” en *Prismas* (Barcelona: Ariel).
- Abramovich, V., Curtis, C. 2002 *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta).
- Altman, A. 1986 “Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin” en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 15, N° 3.
- Asamblea Nacional de Organizaciones Indígenas, Originarias, Campesinas y de Colonizadores de Bolivia 2006 *Propuesta para la nueva Constitución Política del Estado*.
- Balibar, E. 2000 *La filosofía de Marx* (Buenos Aires: Nueva Visión).
- Barcellona, P. 1976 “Uso alternativo del derecho y legitimación de las «praxis emancipatorias»” en Barcellona, Pietro, Cotturri, Giuseppe, *El Estado y los juristas* (Barcelona: Fontanella).
- Benente, M., Véliz, S. 2014 “Robo de bebés en la última dictadura militar” en AA. VV. *Máximos precedentes en derecho de familia* (Buenos Aires: La Ley).
- Benjamin, W. 1989a “Historia y coleccionismo: Eduard Fuchs” en *Discursos interrumpidos I* (Buenos Aires: Taurus).
- Benjamin, W. 1989b “Tesis de filosofía de la historia” en *Discursos interrumpidos I* (Buenos Aires: Taurus).
- Brown, W. 1995 “Rights and Losses” en *States of Injury* (New Jersey: Princeton University Press).
- Caimi, M. 2007 “Introducción” en Kant, Immanuel *Crítica de la razón pura* (Buenos Aires: Colihue).
- Cárcova, C. 2009 “Análisis funcional del derecho” en *Las teorías jurídicas post positivistas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot).
- Clausewitz, C. von 1999 *De la guerra* (Barcelona: Idea Books).
- Clavero, B. 2007 *El orden de los poderes* (Madrid: Trotta).
- Cohen, G. 1986 *La teoría de la historia de Karl Marx* (Madrid: Siglo XXI).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación 2003 “Vázquez Ferrá Evelin

- Karina”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación 2009a “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma y otros” G.1015. XXXVIII.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación 2009b “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma y otros” G.291.XLIII.
- Delgado, R. 1987 “The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?” en *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, Vol. 22, N° 2.
- Douzinias, C. 2009 “Una breve historia de los críticos británicos, o de la jurisprudencia restringida a la general” en *Jurídicas*, Vol. 6, N° 2.
- Douzinias, C. 2010 *The End of Human Rights* (Oxford: Hart Publishing).
- Dworkin, R. 1978 *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press).
- Dworkin, R. 1986 *Law’s Empire* (Cambridge: Harvard University Press).
- Entel, A 2000 *Escuela de Frankfurt* (Buenos Aires: Eudeba).
- Ferrajoli, L. 2011 *Poderes salvajes* (Madrid: Trotta).
- Fitzpatrick, P. 2011 “El derecho como resistencia” en *El derecho como resistencia* (Bogotá: Siglo del Hombre).
- Foucault, M. 1997 «Il faut défendre la société». *Cours au Collège de France (1975-1976)* (Paris: Gallimard-Seuil).
- Goodrich, P. 1990 “Pro Lectione Pictura Est: Images of the Legal Body in the Work of Pierre Legendre” en Kvelson, Roberta *Semiotics and Law III* (New York: Plenum Press).
- Goodrich, P. 2004 “The Immense Rumour” en *Yale Journal of Law and Humanities*, Vol. 16.
- Gordon, R. 1998 “New Developments in Legal Theory” en Kairys, David (Ed.) *The Politics of Law* (New York: Basic Books).
- Habermas, J. 1984 *El discurso filosófico de la modernidad* (Madrid: Taurus).
- Habermas, J. 1988 *La lógica de las ciencias sociales* (Madrid: Tecnos).
- Habermas, J. 1989 *Conocimiento e interés* (Madrid: Taurus).
- Höffe, O. 1986 *Immanuel Kant* (Barcelona: Herder).
- García Morente, M. 1976 *La filosofía de Kant* (Madrid: Espasa).
- Horkheimer, M. 1972 “El Estado autoritario” en *Sociedad en transición* (Buenos Aires: Planeta-Agostini).
- Horkheimer, M. 2000 “El anhelo de lo totalmente Otro” en *Anhelo de justicia* (Madrid: Trotta).
- Horkheimer, M. 2003 “Teoría tradicional y teoría crítica” en *Teoría Crítica* (Buenos Aires: Amorrortu).
- Hutchinson, A., Monahan, P. 1984 “Law, Politics, and the Critical

- Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought” en *Stanford Law Review*, Vol. 36, N° 1-2.
- Hutchinson, A., Monagan, P. 1987 *The Rule of Law: Ideal or Ideology?* (Toronto: Carswell).
- Gutiérrez Aguilar, R. 2008 *Los ritmos del Pachakuti* (Buenos Aires: Tinta Limón).
- Kant, I. 2012 *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (Madrid: Alianza).
- Kant, I. 2007 *Crítica de la razón pura* (Buenos Aires: Colihue).
- Kelman, M. 1987 *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge: Harvard University Press).
- Kennedy, D. 1980 “First Year Law Teaching as Political Action” en *Law and Social Problems*, Vol. 1.
- Kennedy, D. 1982 “Legal Education as Training for Hierarchy” en Kairys, David (Ed.) *The Politics of Law* (New York: Basic Books).
- Kennedy, D. 1983 “The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum” en *Seton Hall Law Review*, Vol. 14.
- Kennedy, D. 1998 “The Distinction between Adjudication and Legislation” en *A Critique of Adjudication* (Cambridge: Harvard University Press).
- Kennedy, D. 2008 “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology” en *Legal Reasoning. Collected Essays* (Colorado: The Davies Group).
- Kennedy, D., Newman, P. 1998 “Law and Economics from a Critical Legal Studies Perspective” en Newman, Peter, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (London: Palgrave Macmillan).
- Klare, K. 1982 “The Law-School Curriculum in the 1980s: What’s Left?” en *Journal of Legal Education*, Vol. 32, N° 3.
- Körner, S. 1977 *Kant* (Madrid: Alianza).
- Leopold, D. 2012 *El joven Marx* (Madrid: Akal).
- Löwy, M. 2002 *Walter Benjamin. Aviso de incendio* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica).
- Marx, K. 1983 “Los debates sobre la ley acerca del robo de leña” en *En defensa de la libertad. Los artículos de la Gaceta Renana* (Valencia: Fernando Torres Editor).
- Marx, K. 1987 *Miseria de la filosofía* (México DF: Siglo XXI).
- Marx, K. 2000 *Contribución a la crítica de la economía política* (Buenos Aires: Siglo XXI).
- Marx, K. 2004 *Sobre la cuestión judía* (Buenos Aires: Prometeo).
- Marx, K. 2012 “Tesis sobre Feuerbach” en *Obras selectas* (Madrid: Gredos).
- Marx, K. y Engels, F. 1998 *Manifiesto comunista* (Barcelona: Debate).

- Marx, K. y Engels, F. 2013 *La sagrada familia* (Madrid: Akal).
- Marx, K. y Engels, F. 2014 *La ideología alemana* (Madrid: Akal).
- Mas, S. 2003 “Belleza y moralidad” en Kant, Immanuel *Crítica del discernimiento* (Madrid: Machado).
- Pacto de Unidad 2010 *El Pacto de Unidad y el proceso de construcción de una propuesta de Constitución Política del Estado* (La Paz).
- Pérez Cortés, S. 2013 *La razón en la historia* (México DF: Universidad Autónoma Metropolitana).
- Pisarello, G. 2007 *Los derechos sociales y sus garantías* (Madrid: Trotta).
- Reid, J. 2008 “Life Struggles” en Dillon, Michael, Neal. Andrew, *Foucault on Politics, Security and War* (New York: Palgrave Macmillan).
- Rendueles, C. 2012 “Introducción” en Marx, Karl *Escritos sobre materialismo histórico* (Madrid: Alianza).
- Sánchez, J. 1998 “Sentido y alcance de *Dialéctica de la Ilustración*” en Adorno, Theodor, Horkheimer, Max *Dialéctica de la ilustración* (Madrid: Trotta).
- Sousa Santos, B. 2012 *Derecho y emancipación* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición).
- Sousa Santos, B. 2014 *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos* (Trotta: Madrid).
- Tushnet, M. 2005 “Survey Article: Critical Legal Theory (Without Modifiers) in the United States” en *Journal of Political Philosophy*, Vol. 13, N° 1.
- Ureña, E. 1978 *La teoría crítica de la sociedad de Habermas* (Madrid: Tecnos).
- Viaña, J. 2006 “Autodeterminación de las masas y democracia representativa” en AA. VV. *Sujetos y formas de la transformación política en Bolivia* (La Paz: Tercera Piel).

COLECCIÓN GRUPOS DE TRABAJO

Las discusiones que atraviesan este libro ponen en cuestión la pretendida neutralidad del derecho, exponiendo tanto sus dimensiones ideológicas y performativas como los modos en que el discurso jurídico ordena las visiones de la realidad de acuerdo a las relaciones de poder imperantes.

Los trabajos que reúne este volumen muestran no solo el rol del discurso jurídico en la consolidación de órdenes sociales asimétricos y verticales. También expone cómo, bajo determinadas condiciones, ese mismo orden puede subvertirse, contribuyendo a que actores sociales relegados desafíen el poder instituido.

Con este libro, el Grupo de Trabajo *Pensamiento jurídico crítico* realiza un aporte fundamental para entender el derecho como una herramienta capaz de operar en la recomposición de las relaciones sociales y en la legitimación de iniciativas que dan sustento a causas y luchas emergentes surgidas de nuestras sociedades.

ISBN 978-987-722-422-1



CLACSO

Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales

Conselho Latino-americano
de Ciências Sociais