

**CRÍTICA DE LA
IMAGINACIÓN JURÍDICA**
UNA MIRADA DESDE LA EPISTEMOLOGÍA Y
LA HISTORIA AL DERECHO MODERNO Y SU CIENCIA

NORMAN JOSÉ SOLÓRZANO ALFARO

**CRÍTICA DE LA IMAGINACIÓN JURÍDICA
UNA MIRADA DESDE LA EPISTEMOLOGÍA Y
LA HISTORIA AL DERECHO MODERNO Y SU CIENCIA**



**Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí
San Luis Potosí, México, 2007**

Primera edición, 2007

© Derechos reservados por
Norman José Solórzano Alfaro
Dir-e: persephona2@yahoo.com

© Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Álvaro Obregón #68, Centro, San Luis Potosí, S.L.P.

ISBN 970-705-063-2

Edición a cargo del

Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho



Impreso y hecho en México

A todas aquellas personas que de una forma u otra me han acompañado en este viaje: por haberme sostenido y alentado, por recordarme constantemente que lo importante no es tanto que tan lejos llegue cuanto no claudicar de nuestros sueños.

Desgranar sus nombres sería como una plegaria exquisita de gracia y generosidad, por eso sólo puedo pronunciar sus nombres en la intimidad del corazón.

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO de Jesús Antonio de la Torre Rangel	11
INTRODUCCIÓN	17
<i>... para exponer nuestro punto de partida, por lo que se habla del estado espiritual de la época y las dificultades de la razón jurídica para superar sus obstáculos, así como de algunas cuestiones del camino y otras cosas afines que se acostumbran mencionar en este apartado inicial.</i>	
Capítulo Primero	
EPISTEMOLOGÍA Y DERECHO MODERNO	31
<i>Donde se explican los problemas de la ciencia jurídica para convertirse en una región epistemológica, por lo que se cuestiona la manera en que se ha elaborado la idea de la autonomía del derecho y se propone introducir la autopolémica (auto-crítica, re-visión) como un eje necesario en su realización. Asimismo, se traza, en grandes rasgos, una genealogía del derecho moderno para detectar en ese proceso de construcción algunos obstáculos epistemológicos que lastran la imaginación jurídica.</i>	
I. De la cuestión acerca de la autonomía del derecho, y por qué no lo tomamos como punto de partida.	31
II. De por qué es necesario introducir la <i>autopolémica</i> en el derecho: el concepto de obstáculo epistemológico.	39
III. Interludio sobre el <i>centralismo burocrático</i> en el moderno Estado de derecho: historia de una <i>secularización epidérmica</i> .	47
IV. Notas a tener en cuenta para una <i>reconstrucción genealógica</i> del derecho moderno.	51
V. Otro interludio sobre el <i>principio de secularización</i> .	56
Capítulo Segundo	
BALANCE (PRLIMINAR) DE LA IMAGINACIÓN JURÍDICA	65
<i>Donde se detectan, en el proceso de elaboración de sus constructos teóricos, pero también en su praxis efectiva, algunos obstáculos epistemológicos que lastran la imaginación jurídica.</i>	
I. De los <i>obstáculos epistemológicos</i> en la reflexión jurídica moderna.	65
II. La reducción normativista.	69
III. El prejuicio legislativista.	77
IV. La separación público//privado como desgarramiento quasi-ontológico de la realidad.	85

Capítulo Tercero**EPISTEMOLOGÍA Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO**

93

Donde se re-visan algunas cuestiones de teoría general del derecho y se introduce la discusión de algunos aportes teóricos provenientes del pensamiento de liberación, en términos de derechos humanos y en función del pasaje de las tesis garantistas hacia un nuevo paradigma epistemológico.

- I. De la *construcción* de las categorías teóricas y su *vínculo* con la acción. 93
- II. Del carácter *convencional* de las cosas que aquí se proponen. 111
- III. Interludio acerca de la *pertinencia* de la “investigación sobre el fundamento”. 119
- IV. De si todavía son útiles y tienen alguna función las categorías de la Teoría general. 124

Capítulo Cuarto**DERECHO MODERNO E INVERSIÓN IDEOLÓGICA:
UNA MIRADA DESDE UNA SENSIBILIDAD DE DERECHOS HUMANOS**

129

Donde, una vez que hemos llegado a la formación del derecho moderno como discurso, se revisa la lógica de articulación del discurso de los derechos humanos, para localizar en ese proceso la inversión ideológica de la cual son objeto y que atraviesa todo el diseño jurídico moderno.

- I. De algunos acercamientos preliminares a la inversión ideológica. 129
- II. De la formación del discurso en la modernidad. 133
- III. De lo que ocurre en sede axiológica cuando se establecen las tablas de valores: el *principio de jerarquización*. 139
- IV. De por qué es relevante *elucidar* la inversión ideológica de *los* derechos humanos. 145
- V. Sobre la *elucidación* de la inversión de las normas particulares y algunas consecuencias útiles que de ello podemos extraer. 153

Capítulo Quinto**UNA MIRADA AL MARCO CATEGORIAL DEL
PENSAMIENTO JURÍDICO MODERNO**

159

Donde se aborda, conflictuándolas, las doctrinas y paradigmas (marco categorial) que sustentan la construcción normativista legalista de la Teoría General del Derecho predominante en el siglo XX, con particular énfasis en los problemas axiológico y epistemológico que plantea la “elección racional” respecto de los juicios de valor sobre la Justicia.

- I. De algunas cuestiones previas y el orden de los problemas a revisar. 159
 - A. ¿Por qué Kelsen? 160
 - B. Lo que entendemos por *marco categorial*. 163
 - C. Los problemas que serán re-visitados. 164
- II. De cómo el positivismo legalista abdica de fundamentar. “Discursos ideológicos” y “discursos cínicos”. 167
- III. Brevísimos interludios sobre la relación entre axiología y epistemología. “Discursos ideológicos” y “discursos cínicos” (continuación). 172

- IV. De la “contradicción entre valores absolutos” según Hans Kelsen y donde estriba el problema de tal perspectiva. 174
- V. Interludio sobre por qué debemos considerar la *factibilidad* en los procesos de realización de acciones conforme a valores. 184
- VI. De *justicia* y *validez*: una distinción insuficiente. 186

Capítulo Sexto

CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: CONTRA EL RIGORISMO LEGALISTA 193

Donde se trata de visibilizar ciertos rasgos de las tendencias que han llevado a la inversión ideológica del principio de legalidad clásico, sacralizado en la teoría normativista legalista. Asimismo, desde una perspectiva histórica, se intenta ahondar en los resquicios que nuestra cultura jurídica ha ido dejando al dogmatismo y la lectura sacrificial de dicho principio y se proponen algunas vías para desactivar los dispositivos discursivos que están en la raíz del rigorismo legalista.

- I. Nuestra mirada y un punto de partida. 193
- II. Del papel del clásico *principio de legalidad* en la conformación del Estado de derecho. 194
- III. De la *inversión ideológica* de las normas jurídicas particulares. 197
- IV. De la crítica al *rigorismo* de la ley. 205
- V. De algunas expresiones del principio de legalidad y de cómo se invierten en tiempos de la *absolutización* del mercado. 206
- VI. De algunas alternativas para enfrentar la inversión del principio de legalidad. 212

Capítulo Séptimo

(IN)CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS: HACIA UNA PROPUESTA DE CONVERGENCIA 217

Donde se hace una pausa para el balance sobre el camino recorrido y se piensa en las rutas alternativas posibles a seguir.

- A. Materiales del camino. 218
- B. *Pasajes* para una transición paradigmática. 226

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 233

Donde se hace una referencia más amplia de los textos citados con lo cual se hace justicia a sus autores y autoras y se reconocen nuestras deudas intelectuales.

PRÓLOGO

En donde se presenta un libro que hace crítica del derecho moderno, lo que constituye un primer paso, necesario, para hacer uso alternativo del Derecho.

Cuando estaba preparando el libro *Derecho Alternativo y Crítica Jurídica* (2002), que publicaron la Universidad Autónoma de Aguascalientes y la Editorial Porrúa, conocí los primeros trabajos del jurista costarricense Norman José Solórzano Alfaro. Por tratarse de una obra colectiva, solicité textos a varios juristas inscritos en la línea de crítica jurídica y/o de la teorización del uso alternativo del Derecho, y a la petición de una colaboración al filósofo del Derecho sevillano David Sánchez Rubio, además de entregarme su escrito, me recomendó un texto de Solórzano para incluirlo en el libro. De este modo comencé a conocer su agudo pensamiento jurídico, pues publicamos un texto titulado “Los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno”; también de ese modo se inició un diálogo entre nosotros, del cual este Prólogo forma parte; y, lo que es más importante, tuvo principio el cultivo de una amistad.

El libro que presentamos y que la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí tiene el gran acierto de editar, lleva por título *Crítica de la Imaginación Jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*. En esta obra Solórzano Alfaro tiene un acercamiento crítico a la Teoría del Derecho construida con la concepción jurídica de la modernidad. El instrumental jurídico-crítico que utiliza Norman Solórzano, lo construye desde el *pensamiento de liberación*, siguiendo en esta línea, sobre todo, las categorías trabajadas por Franz Hinkelammert, y también en algunos puntos en el camino propuesto por Enrique Dussel.

En la Introducción de su obra, Solórzano comienza reconociendo que nos encontramos en un periodo de “transición paradigmática”, de “crisis del derecho” y de la “razón jurídica”. Sigue a Ferrajoli para explicar la crisis del Derecho; y aunque considera que la visión del jurista italiano es limitada, reconoce que es “uno de los interlocutores que aporta novedosos insumos para *empujar* este cambio paradigmático”, que el autor ve necesario. Y al comunicar el objeto de su trabajo, el jurista costarricense dice:

Este es, precisamente, el problema que pretendemos afrontar aquí: elucidar por qué la imaginación jurídica ha sido incapaz o, según la perspectiva que se propondrá, ha estado obstruida para articular un *sistema integral* de garantías para los denominados “derechos sociales”. De forma aún más amplia, por qué en los contextos de la globalización actual (particularmente con/en la hegemónica estrategia neoliberal) esa imaginación jurídica se ha vis-

to paralizada y, en mucho, da muestras de notables retrocesos ante las exigencias de protección y emancipación de las mayorías populares –como clamaba Ignacio Ellacuría–, de conservación del medio y de articulación (como uno de sus componentes o factores más activos) de un nuevo proyecto societal, de carácter democrático, con respeto e integración a los medios, pacífico, inclusivo y emancipador.

Solórzano considera que de las varias líneas de pensamiento producidas, una se hizo hegemónica y nos dio la visión del Derecho de la Modernidad, y explica de qué modo sucedió. Lo más grave de este proceso es que se llegó a un Derecho exento de juicio ético. Establece, además, como se ha impedido a la imaginación jurídica avanzar hacia la formulación de un sistema de garantías funcional a la realización “de derechos humanos en cuanto *derechos de la vida* (humana y no humana), particularmente en lo que afecta a los cuerpos humanos hablantes, relacionales de todos y todas...”

El Capítulo Primero lo titula “Epistemología y Derecho Moderno”. Comienza con una crítica a la pretendida “autonomía del Derecho”; y creo que su análisis se sintetiza muy bien cuando dice:

...la *reflexión jurídica* se ha resistido a ocupar y configurar en el orden de los saberes (y la *praxis*) una *región epistemológica* específica debido, en gran parte, a su *abdicación de lo humano-social* en aras de convertirse en el discurso del poder..., al cual pretendió controlar y subordinar, aunque luego devino subordinado a éste; así como por su abdicación y entrega ante el ideal instrumentalizador de la nueva ciencia (positivismo) que le prometía una racionalidad emancipada de cualquier metafísica (excepto la capitalista, que se concibe a sí misma como *no metafísica*... aunque después se revelará extremadamente conceptualizadora y abstracta.

A Solórzano le interesa introducir la autopolemia, la autocritica, al pensamiento jurídico, y en ello insiste en este capítulo.

En ese mismo primer capítulo, el autor hace una crítica de cómo el *sujeto de derecho* es una construcción abstracta, racional, pero no es el sujeto humano vivo, es decir un sujeto con necesidades.

Por la vía del sujeto, en tanto que *sujeto parlante* sólo puede ser el *sujeto humano vivo*. Un sujeto con necesidades, producto de su contingencia, abierto, que produce realidades. Mas el designio igualitarista de la modernidad, inmediatamente ensamblado con el individualismo y funcional a la lógica propietaria (Barcellona) del orden que establecía su hegemonía, deviene en *igualdad formal*, y ésta sólo puede ser predicada de un sujeto igualmente formalizado, de *sujetos abstractos*, sin necesidades, por ende, fuera de la contingencia. La vía para la “ficción del sujeto”, de la persona jurídica, queda, así, realizada.

El Capítulo Segundo lo llama “Balance (preliminar) de la imaginación jurídica”. En esta parte el autor sigue penetrando su mirada crítica sobre el Derecho de la Modernidad; trata de “obstáculos epistemológicos” en la reflexión jurídica moderna; de la “reducción normativista”, es decir de cómo la concepción moderna del Derecho lo reduce a las normas producto de la acción legislativa del Estado.

En el Capítulo Tercero que denomina “Epistemología y Teoría General del Derecho”, en el inicio del apartado II, el autor hace una especie de síntesis de su Filosofía del Derecho, cuando escribe:

En lo que llevamos dicho, se ha enfatizado el carácter no determinista sino convencional, por ende, contingente de las elaboraciones conceptuales (v.g. “fundamento”, “derechos humanos”, “derechos fundamentales”, “experiencia jurídica”, etc.); por tanto, esto nos separa de cualquier visión esencialista, naturalista o animista. Por el contrario, nuestra visión se basa en un sentido de la *realidad histórica* (Ellacuría) y una concepción sociohistórica (Gallardo), a partir de lo cual los valores, el derecho, la ciencia, etc., son comprendidos como *productos de la acción humana*, por tanto, están inscritos en la *experiencia histórica de construcción de realidades*, que es siempre *objetivamente experiencia subjetiva*. Por consiguiente, no obstante que consideramos que no existe ninguna *naturaleza humana* que determine o constriña a unas determinadas protecciones sociales, y aunque esto pareciera dar la razón a quienes sostienen que la determinación de tal o cual conjunto de valores (respeto del derecho y la acción humana) es *absolutamente* arbitrario y depende del orden de las *preferencias*, pero al deshacer nos de las ideas esencialistas y ubicarnos en el plano de la acción humana, entonces recién podemos ver con más claridad que se trata del *dinamismo auto-evaluativo de la praxis* que construye *realidades históricas* lo que va descubriendo-reconociendo los *rostros de la alteridad* (los otros, las otras, lo otro), y facilita (u obstruye) la (auto)constitución de los sujetos personales-sociales y sociales-personales que forman comunidad. De esta forma, ese *dinamismo auto-evaluativo de la praxis* se constituye en instancia de:

- * elección de cualquier cauce de acción *conforme a* valores, institución, norma, etc.

- * aporta los *criterios* con los que se pueden *e-valorar*, y

- * ejerce una presión crítica sobre dichas acciones, valores, instituciones, normas, etc.

y sobre el conocimiento generado por estas.

Sobre algunas cuestiones dichas arriba por el autor, volveremos más adelante.

En su Capítulo Cuarto el libro hace aportes significativos a la crítica del derecho moderno, haciendo la aplicación a la juridicidad de categorías producto de la reflexión teórica de Hinkelammert; lleva por título “Derecho Moderno e Inversión Ideológica: una

mirada desde una sensibilidad de los derechos humanos”. Siguiendo, entonces, a Hinkelammert, trata la *inversión ideológica* como un aporte teórico-crítico a la racionalidad o imaginación jurídica, considerando que se trata de un aporte desde el *pensamiento de liberación*. La categoría de *inversión ideológica* se utiliza para abordar el problema de la *realización frustrada* o de la *perversión* que se esconde en los discursos de emancipación. Por ejemplo, los mismos *derechos humanos*, éstos son expresión de una conciencia ética crítica en la actualidad; pero de pensamiento emancipador se puede transformar en ideología perversa. Esto sucede, por ejemplo, cuando se defienden los derechos de propiedad y libre comercio de compañías transnacionales, que su ejercicio deja sin posibilidad de reproducción de las condiciones materiales de vida de millones de seres humanos.

En este punto, donde se puede postergar unos derechos humanos frente a otros y todos frente al derecho fundamental, que es su principio de jerarquización, es donde se instala y opera la inversión ideológica de derechos humanos: en tanto que hay unos derechos humanos que pueden ser relegados, hasta su negación, si su realización atenta contra el derecho fundamental que, en última instancia, es el que les da sentido y los posibilita (condición de posibilidad).

También es muy importante el planteamiento que hace Norman Solórzano, cuando trata del *opositor*, que es visto como *enemigo*; ya que los poderes se vuelven contra el que reclama derechos humanos, porque sus acciones se consideran que están en contra de la “garantía” de realización de los derechos humanos.

El Capítulo Quinto es “Una mirada al marco categorial del pensamiento jurídico moderno”. Trata, propiamente, de una exposición crítica muy interesante, y no desde caminos trillados, a la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen, que según Solórzano se trata de una sacralización moderna del orden jurídico, construida, paradójicamente, con el racionalismo y el concepto positivo de ciencia.

El Capítulo Sexto se refiere a “Crítica del principio de legalidad: contra el *rigorismo legalista*”; en el mismo se explica el principio de legalidad, pero también su inversión ideológica. Y termina el libro con el Capítulo Séptimo, que denomina “(In)conclusiones y perspectivas: hacia una propuesta de convergencia”.

La crítica de la Teoría del Derecho –o de la Imaginación Jurídica, como le llama el autor–, es un ejercicio intelectual necesario para pensar en *otro Derecho*, en la alternatividad de la juridicidad. Sólo desacralizando la “dogmática jurídica” de la Modernidad, nos atreveremos a anteponer las necesidades humanas a la ley, y tener prácticas jurídicas más allá de una simple aplicación de las normas, y que se encaminen a la justicia. Esto porque la crítica jurídica nos muestra, entre otras cosas, que el Derecho no se reduce a la ley, sino que tiene que ver con la justicia y los derechos de los sujetos, entendidos éstos no como simples abstracciones, sino como seres corpóreos con necesidades; y además, que la

juridicidad no es sólo normativa, sino que existe todo un espacio social como campo jurídico (Bourdieu), en donde se da una lucha por decir el Derecho. Y así, sólo con estas herramientas u otras similares, tenemos elementos para construir categorías teóricas que permiten entender el *pluralismo jurídico*, es decir juridicidades más allá de las que genera el aparato del Estado; y que en determinadas coyunturas político-sociales, pueden usarse las normas del Estado en sentido contrario –alternativo– a su lógica de dominación.

En la nota 232 del libro, Norman Solórzano se refiere a mi intento de construir un discurso teórico, como una versión “suave” –así dice él– de aceptación del Derecho Natural, integrando el iusnaturalismo clásico, el personalismo y la filosofía de la liberación, y utilizando una *racionalidad analógica*.

Y precisamente, aplicando esa racionalidad analógica, puedo expresar el fructífero diálogo que podemos sostener desde nuestras posiciones teóricas diversas. Es cierto, Solórzano no acepta, y se empeña en rechazar siempre que se le presenta la ocasión, cualquier expresión del Derecho Natural o iusnaturalismo, y en eso disintimos; pero ambos aceptamos y coincidimos en el pensamiento de liberación; en nuestras posturas existe una relación analógica de coincidencia y discrepancia; no distinción absoluta de univocismos cerrados, sino una relación analógica dialogal.

Ahora bien, precisamente mi postura iusnaturalista, aplicando otra vez la racionalidad analógica, no acepta un Derecho Natural fijo, pétreo, cerrado, como un código completo y acabado, sino sólo como un conjunto de principios que buscan la justicia y reconocen en la juridicidad fundamentos éticos independientemente de que sea producida en la *realidad histórica*. Y desde esta posición iusnaturalista, por supuesto que acepto “una ética necesaria, en la línea de la *racionalidad reproductiva* (Hinkelammert)”, así como la “crítica de la ley... cuando ésta no realiza la justicia e impone un orden que surge del desorden”, siguiendo no sólo las tradiciones paulina y joánica de la crítica de la ley, sino también la de Marcos.

Todo esto, porque mi modo de entender la juridicidad, desde el *iusnaturalismo histórico analógico*, parte de que *shabat* se hizo para el ser humano, en su concreción histórica material, corpórea y con necesidades. Y no el ser humano para el *shabat*. La ley al servicio de los seres humanos, y no los seres humanos al servicio de la ley.

Qué bueno que se publica en México esta obra jurídica de Norman Solórzano, que desde el pensamiento de liberación aborda la tan necesaria crítica al derecho moderno y a la teoría que lo sustenta y reproduce. Qué bueno que se publica, porque nos permite ver el sentido profundo de la juridicidad desde las necesidades concretas de justicia hacia el *otro*, del ser humano desde su *proximidad* (Sicilia).

Y también qué bueno que se publica el libro de Solórzano, por el estilo singular de platicarnos sus reflexiones jurídicas, que al enunciar aquello que tratan los capítulos nos hace recordar a los clásicos de la literatura castellana. Para no ir más lejos, el modo en que abre sus capítulos Norman Solórzano, nos recuerdan a *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote*

te de la Mancha, de Miguel de Cervantes, que, por ejemplo, al anunciar el Capítulo II dice “Que trata de la primera salida que de su tierra hizo el ingenioso don Quijote”; y Solórzano, cual caballero andante del Derecho, que busca contribuir al logro de la justicia, al decirnos de que trata su último capítulo expresa: “Donde se hace una pausa para el balance sobre el camino recorrido, y se piensa en las rutas alternativas posibles a seguir”.

Y me recuerda también a un clásico de la literatura latinoamericana, al peruano Manuel Scorza, que en el libro con que cierra su canto a la lucha por la dignidad y la tierra de los comuneros indígenas peruanos, al anunciar de que trata el capítulo 16, dice: “Genaro Ledezma descubre que el Código Civil puede servir también para hacer justicia”¹, en una clara alusión a que se nos dará a conocer una práctica concreta de uso alternativo del Derecho, de parte del abogado de los comuneros.

Aguascalientes, junio de 2007.

Jesús Antonio de la Torre Rangel
Universidad Autónoma de Aguascalientes

¹ Manuel Scorza, *La Tumba del Relámpago*, Ed. Siglo XXI, México, 1979, p. 83. Las novelas o baladas de Scorza que trataban de esa lucha indígena son: *Redoble por Rancas*, *Historia de Garabombo el Invisible*, *El Jinete Insomne*, *Cantar de Agapito Robles* y *La Tumba de Relámpago*.

INTRODUCCIÓN

Para exponer nuestro punto de partida, por lo que se habla del *estado espiritual* de la época y las dificultades de la *imaginación jurídica* para superar sus obstáculos, así como de algunas cuestiones del camino y otras cosas afines que se acostumbra mencionar en este momento inicial

“Posiblemente sólo entienda este libro quien haya pensado alguna vez por sí mismo los pensamientos que en él se expresan o pensamientos parecidos. No es, pues, un manual. Su objetivo quedaría alcanzado si procurara deleite a quien, comprendiéndolo, lo leyera.”

Ludwig Wittgenstein

Hoy nos encontramos perplejos. Todavía más, hay un malestar que caracteriza la *condición socio cultural* del presente momento histórico. Diversos diagnósticos, evaluaciones y análisis, unos contradictorios, otros complementarios y muchos aislados, tratan no sólo de comprender sino de señalar caminos (incluidos aquellos que sostienen que no hay más caminos) para salir de esta especie de parálisis, o bien, para remontar este inicio de siglo.

Ya los cronistas y los espíritus sistemáticos se encargarán de hacer un recuento, a cual más pormenorizado, de todos estos esfuerzos y propuestas de comprensión y solución de la situación actual. Por mi parte, abduco, en este lugar, de hacer tal labor. Sin embargo, de las tantas interpretaciones pergeñadas me resulta muy sugerente la tesis de que nos encontramos en un período de “transición paradigmática” (Santos, 2003). Este es el marco en el cual asumo que se habla de “crisis del derecho” y “crisis de la razón jurídica” (Ferrajoli, 1999; Barcellona, 1996; Wolkmer, 2001). Por consiguiente, me hago cargo de estas lecturas e inscribo este trabajo en el cúmulo de esfuerzos por

“construir un nuevo y vasto horizonte de posibles futuros alternativos, un horizonte por lo menos tan nuevo y tan vasto como aquel que otrora la modernidad construyó y que después destruyó o dejó destruir” (Santos, 2003: 52).

Así, sabiendo que la tarea es vasta y son muchas las vías alternativas por seguir, me abocaré a la formulación de los problemas –y, en la medida de lo posible, a la *pro-posición* de vías de solución alternativas– que se le plantean al derecho o, en un sentido genérico, a la reflexión jurídica.

En ese sentido, Luigi Ferrajoli (1999: 15-17) habla de una *triple* crisis del derecho, o de tres aspectos de la misma crisis, a saber:

- 1) la *crisis de la legalidad* o la pérdida del valor regulador de las “reglas del juego institucional” y el establecimiento de diversas formas de “la ilegalidad del poder”;
- 2) la *crisis del Estado social* o el desenlace de la contradicción en que deviene el clásico “Estado de derecho” al pretender superar los límites de su propio modelo paradigmático (liberal-individual), toda vez que el “Estado social” demanda satisfacer los derechos sociales, aún mediante mecanismos “sustraíd[o]s a los principios de certeza y estricta legalidad”, abriendo así un “terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio”;
- 3) la *crisis del Estado nacional*, que tiende a ahogar el constitucionalismo tradicional, incapaz como es de alcanzar los desplazamientos “de los lugares de la soberanía” y de comprender el proceso de “creación de nuevas fuentes de producción” del derecho.

De esta forma, según Ferrajoli:

“Es evidente que esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes ocultos, dentro de nuestros ordenamientos” (1999: 17).

Es un hecho, concuerdo con este *diagnóstico* que en gran parte recoge el estado espiritual de la época, al menos en lo concerniente al derecho y al Estado, y es pertinente y preciso. Ferrajoli *ve* la crisis del derecho y responde con una sugerente y potente propuesta que se inscribe dentro de un “cambio de paradigma del derecho”, aunque no (le) supone directamente un “cambio de paradigma de la teoría del derecho”, sino que es un “perfeccionamiento” (kelseniano) de la teoría kelseniana del derecho, como ha señalado en su ensayo “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho” (en Ferrajoli *et al.*, 2001). Esta claridad y consistencia es, con todo y lo emulable que resulta, su propia limitación; es decir, la visión de Ferrajoli está –según él mismo lo declara–, enclavada en la concepción paradigmática de la teoría del derecho que hoy parece necesario superar.²

² El paradigma moderno de la teoría del derecho (siglos XIX-XX), que tiene en la versión kelseniana su máxima expresión, está basado, de conformidad con una racionalidad instrumental sistemática y positivista, en la secuencia *Estado @ derecho* y en una consideración del derecho como *exclusivamente* de carácter *regulador*, que parece abdicar de (o, al menos, minimizar) su dimensión *emancipadora*.

Asimismo, como se lee en el texto transcrito, su visión está centrada en lo que se denomina espacio público, de modo que la *triple crisis* sólo parece afectar ese espacio público. Pero es ciego al hecho de que, tratándose de una crisis paradigmática, esta alcanza todos los niveles, espacios y aspectos; así, no importa que tan amplio se conciba, en este caso, el espacio público, la *crisis* excede sus fronteras, por lo mismo, también el espacio privado está sometido a un proceso de de-construcción y re-construcción. En esa tarea, el derecho tiene tanta más incumbencia cuanto se ve, a su vez, transformado por ese cambio.

Pero no sólo no es el caso de que en esta *Introducción* vaya a intentar desarrollar una polémica que, como se verá más adelante, llevaría mucho tiempo y esfuerzos conjuntos, sino que, además, en este trabajo pretendo asumir las potentes intuiciones del propio Ferrajoli como uno de los interlocutores que aporta novedosos insumos para *empujar* este cambio paradigmático. Por eso, sigo adelante atendiendo a sus sugerencias en lo que hace al proceso de elucidación del estado espiritual de la época, que podemos asumir como de un profundo *malestar*.³

Ahora bien, ese malestar generalizado, en punto al derecho, puede traducirse en

“el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y control, al sistema de las garantías tradicionalmente predisuestas para la propiedad y la libertad...” (Ferrajoli, 1999: 16).⁴

Luego –continúa diciendo Ferrajoli–, esto

“representa..., en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio” (1999: 16).

Este es, precisamente, el problema que pretendo afrontar aquí: elucidar por qué la imaginación jurídica ha sido incapaz o, según la perspectiva que se propondrá, ha estado obstruida para articular un *sistema integral*⁵ de garantías para los denominados “derechos

³ Evidentemente, aunque con la distancia temporal y teórica que pueda haber, hay profundas resonancias que me vinculan con la tradición psicoanalítica en este enfrentamiento con *nuestro malestar* (Freud, 2000).

⁴ Más adelante Ferrajoli señala: “Es indudable que la ciencia del derecho no ha elaborado aún – frente a las violaciones que derivan de la omisión de prestaciones- formas de garantía comparables en eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales, tanto de libertad como de autonomía” (1999: 109).

⁵ Al parecer, Ferrajoli resiente la ausencia de un sistema integral de garantías que cubra los denominados “derechos sociales”, pero no dice nada respecto al hecho de que si se afecta (negativamente) una determinada dimensión del derecho se termina afectando el conjunto completo, por

sociales”. De forma aún más amplia, por qué en los contextos de la globalización actual (particularmente con la hegemónica estrategia neoliberal)⁶ esa imaginación jurídica se ha visto paralizada y, en mucho, da muestras de notables retrocesos ante las exigencias de protección y emancipación de las mayorías populares –como clamaba Ignacio Ellacuría–, de conservación del medio y de articulación (como uno de sus componentes o factores más activos) de un nuevo proyecto societal, de carácter democrático, con respeto e integración a los medios, pacífico, inclusivo y emancipador.

Asimismo, el análisis que intento realizar de esta situación será un *autoanálisis*, pues el malestar general es mi propio malestar, lo mismo que el conocimiento que busco es, fundamentalmente, un *autoconocimiento*. Por eso asumo este reto, enfrento este problema, porque no me deja indiferente; porque, en definitiva, no quiero que la perplejidad me paralice y, más allá o más acá de la mala conciencia de que mi misma posición privilegiada ya es cómplice estructural de esta situación, porque me resisto a abonar aún más el terreno para “la corrupción y el arbitrio”.

Por otra parte, que la *razón del derecho*, en sentido más bien lato, no haya cumplido con ese cometido presunto (“la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales” como recuerda Ferrajoli), no se debe a una in-conclusión del espacio que en el programa de la modernidad le quedara asignado,⁷ mucho menos a problemas externos a esa racionalidad. En el programa de la modernidad, para lo que incumbe al campo jurídi-

lo cual, ni siquiera los denominados “derechos individuales” quedan real y efectivamente garantizados para todos y todas en un mundo dominado y plagado de injusticias y desigualdades.

⁶ Como se intentará explicitar, en el contexto de la estrategia neoliberal de globalización solo interesan, al menos en el discurso, las denominadas “libertades individuales”, pero estas se predicán de unos individuos abstractos que, finalmente, encarnan en las burocracias privadas de las empresas capitalistas.

⁷ Es una idea compartida, que promete y exige mayor investigación, la de que en los postulados de la Ilustración (como configuración plural, heurística y emancipadora, más allá de la forma estrecha y recortada que la historia posterior –que es una historia de la reacción vencedora- nos ha legado), si bien no del todo claro, tanto más cuanto ha quedado casi completamente ocultado y el desarrollo de la historia ha ido por otros senderos, podemos percibir una propuesta en el sentido de que los denominados *derechos del hombre* (en su configuración más amplia, que comprendía no sólo los derechos liberales –individuales- que se reivindicaban directamente, sino los *derechos sociales* –Marat-, los *derechos de las mujeres* –Mary Wollstonecraft, Olympe de Gouges-, entre otros) serían la *forma* que adquiriría (*todo*) el derecho en la nueva realidad social (revolucionaria y moderna). Al respecto véanse: Zaffaroni, 1988: 120; Salo de Carvalho, “Os princípios de Co-Culpabilidade e de Vulnerabilidade: Notas sobre a (Co)Responsabilidade do Estado no Delito” en Sánchez, Herrera & De Carvalho, 2002: 211-217; Amelia Varcárcel, “La memoria colectiva y los retos del feminismo” en Varcárcel, Renal & Romero, eds., 2000: 20-29.

co, el hecho de que los *derechos sociales* no hayan logrado ser implementados con *garantías respectivas*, guarda una cierta analogía con el problema de las denominadas *externalidades* de la teoría económica neoclásica. Las particulares racionalidades (fragmentarias, al fin) que han hegemonizado el horizonte de la modernidad occidental y capitalista se inscriben en una relación sistémica, que establece *fronteras discretas* y rompe e inhibe la *interacción en respectividad* en la relación *sistema – entorno*. Por ejemplo, sólo hasta que adviene el sistema de producción capitalista industrial es que vemos un sistema cuyos deshechos no son susceptibles de ser subsumidos o reciclados por el entorno natural: es la ruptura entre producción y naturaleza. Así, la naturaleza, incluida la humana (de ahí el desplazamiento y restricción en la satisfacción de las necesidades, que son corpóreas y constituyen la condición humana) es considerada como una externalidad, ya sea por la consideración de ésta como recurso disponible (la propiedad privada, también la propiedad del y sobre el cuerpo) o sea como espacio inimputable (si no hay derechos de la naturaleza, su violación resulta impune).

Aún más, tal como intentaré mostrar en el *Capítulo V*, en la tradición jurídica, de corte positivista y naturalista,⁸ derechos humanos en tanto que predicados como meros valores (presuntamente elegibles a discreción según un orden de preferencias), siempre han quedado fuera de la consideración sistémica de la razón jurídica; son, en último término, sólo un referente extra-jurídico, de moralidad o derecho natural, de ahí que su irrealización o su conculcación deviene, en los más de los casos, impune.

Frente a este problema el espíritu de sospecha apunta en la siguiente dirección:

- 1) En el diseño original de la modernidad occidental confluían varias *líneas*, algunas de las cuales se superpusieron y hegemonizaron el espacio que al derecho incumbe, frente a otras que quedaron invisibilizadas, subsumidas y negadas.⁹
- 2) La crisis del derecho y de la razón jurídica se establece respecto a una configuración sociohistórica global (Santos, 2003: 212); luego, no es una crisis del derecho sin más –derecho se dice de muy distintas maneras en cada tiempo y lugar– sino de una particular *forma* del derecho hegemónica en este concreto periodo histórico.

⁸ Esta dualidad, que pareciera contradictoria, es el signo del fracaso del proceso de secularización o, como se verá, el resultado de una *secularización epidérmica*.

⁹ Con una visión conglobante, el profesor Boaventura de Sousa Santos sintetiza este *juego de líneas* superpuestas en la saga del derecho moderno y la consolidación de lo que se ha dado en llamar “Occidente”, de la siguiente manera: “En mi opinión, lo que caracteriza más nitidamente la condición sociocultural de este fin de siglo es la absorción del pilar de la emancipación por el de la regulación, fruto de la gestión reconstructiva de los déficits y de los excesos de la modernidad confiada, en primer lugar, a la ciencia moderna, y, en segundo lugar, al derecho moderno. La colonización gradual de las diferentes racionalidades de la emancipación moderna por la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia subsumió la concentración de las energías y de las potencialidades emancipadoras de la modernidad en la ciencia y en la técnica” (Santos, 2003: 59-60).

- 3) La crisis del derecho es, sí, una crisis de la “forma de la ley” y de la “razón jurídica”, como dice Ferrajoli, pero sobre todo es la crisis de la *imaginación jurídica*.¹⁰
- 4) La recomposición histórica del “orden” socio-cultural que se debe asumir pasa, entre otros lugares, por la recomposición de una *forma del derecho* la cual apenas se vislumbra. Es lo cierto que de cara a lo que pueda ser esa presunta nueva forma del derecho, nuestra posición ha de ser de completa apertura y humildad intelectual-cultural, pues, lo mismo que les ocurriera a quienes nos precedieron (*v.g.*, las gentes de antes del siglo XVIII), quizá aún no podemos reconocerla como derecho, mas no por eso tenemos “derecho” ni condición moral para proscribir las *líneas del futuro*, sino que tenemos la obligación de crear las condiciones de posibilidad de ese futuro que se construye sobre nuestras cenizas, y, en el mejor de los casos, quizá eso sea lo único a lo que podemos aspirar.

Debido a estas sospechas, esta pesquisa se decanta por el lugar del *imaginario jurídico*, como lugar privilegiado, casi siempre ocult(ad)o, donde se manifiesta esta crisis, tanto porque es ahí donde se prefiguran las condiciones de producción del derecho (altamente reguladoras), cuanto porque no puede acallarse el reclamo por un *más* que le impone la utopía emancipadora (aunque fuera acallado desde tiempos arcaicos, cuando todavía derecho y justicia se decían igualmente *ius*).

Con lo anterior no pretendo que, por ejemplo, haya que volver a una situación pre-moderna de confusión entre derecho y moral; aunque no hay que perder de vista que esta distinción liberal-burguesa se hizo sobre la base de la escisión entre ética y política,¹¹ lo cual sirvió para desalojar el derecho y la política de la esfera de la eticidad y reducir ésta a mera moralidad burguesa. Luego, lo que *pro-pongo* aquí es que si intentamos *re-mover* la consideración moderna sobre *una* específica racionalidad (mecanicista → funcionalista → instrumental) y de un específico orden socio-económico (capitalista burgués), debe-

¹⁰ Para evitar pedantería escolástica, en general, tomaré como sinónimos las expresiones “razón jurídica”, “imaginación jurídica”, “ciencia del derecho”, “ciencia jurídica”. No obstante, cuando me refiera explícitamente a, por ejemplo, la Dogmática como forma de la ciencia jurídica, utilizaré la mayúscula para referirme a ella como “Ciencia del derecho”; lo mismo, si se trata exclusivamente del proceso de racionalización que lleva a la formalización positiva del derecho y a su autocomprensión formal-estructural (*ratio*), en ese caso prefiero utilizar la expresión “razón jurídica” antes que la genérica y más rica en matices de “imaginación jurídica”, que es siempre la expresión más amplia de todo cuanto aquí pueda decir.

¹¹ Esta escisión entre ética y política ha sido achacada a Maquiavelo por sus intérpretes posteriores, pero haciendo caso a Isaiah Berlin, debemos reconocer que el florentino poco o nada tuvo que ver en eso (Berlin, II-1992, particularmente su ensayo “La originalidad de Maquiavelo”, pp. 85-143).

ríamos re-mover también todo, o casi todo, lo que en su nombre se ha realizado.¹² Por eso digo que de manera funcional a la consolidación del actual orden socio-económico (capitalista burgués) se dieron las siguientes operaciones:

- 1) La reducción del espacio de la eticidad a mera moralidad, camino del “individualismo propietario” (Barcellona, 1996) con lo cual, a su vez, el orden emergente en la modernidad pagó el peaje o chantaje al patriarcado, desalojando un espacio privado para imponer su señal (de la ética calvinista a las victorianas virtudes domésticas), no sólo inscrita en el cuerpo de los hombres con la disciplina laboral, sino en la reducción de la “mitad” de la humanidad a condición sub-humana: las mujeres, cuerpos sobre los cuales no siempre se ha predicado humanidad (Catharine A. MacKinnon, “Crímenes de guerra, crímenes de paz” en Shute & Hurley, eds., 1998).
- 2) La reducción del derecho en derecho estatal, con lo cual el derecho quedaba instalado en un espacio público autocomprendido como el espacio de la producción (aunque público es tanto el espacio del Estado y sus órganos cuanto el espacio en que se realizan las transacciones privadas, por eso su índole de *comercio*), vía del desdoblamiento del “cuerpo del sujeto” (Kantorowicz), que no sólo instituye una distinción disciplinaria entre el sujeto *de* derecho (saber jurídico) y el sujeto *del* derecho (Braunstein, 2001) sino que en el saber y la *praxis* jurídicas opera el desplazamiento del sujeto humano, en cuanto corporalidad viviente, necesitada y relacional, en virtud de un *sujeto abstracto* y que atiende a preferencias, el cual se adecua a la empresa privada moderna.

Así, la racionalidad instrumental y sistematizadora adoptada elaboró sendos instrumentos:¹³ en lo público, el derecho; en lo privado la moral, y en el intersticio abierto entre ambos la medicina, que hace apreciaciones de salubridad pública y de profilaxis moral, y la estadística, que contabiliza los cuerpos como haberes del Estado (Ibáñez, 1986); finalmente, en tiempos del capitalismo de consumo, la propaganda-publicidad, que fabrica los imaginarios permitidos por una pseudo-antropología dictada por la economía (*homo oeconomicus*). Mas de esta forma, el derecho deviene exento del juicio ético, a la moral se le amputa el poder coercitivo y la política pierde su eticidad (constitutivo de relaciones sociales de convivencia) y se convierte *exclusivamente* en el camino al poder. Luego, son esas reducciones y separaciones las que habría que re-mover y re-componer.

¹² Nótese que digo *re-mover*, pues no se trata de una intención arrasadora sino de un talante de superación, puesto que no se desconoce la historia, sino que se trabaja sobre y con los materiales que ésta ha dado (*traditio*), pero sin aplastar o sofocar la fuerza de lo nuevo (*novum*).

¹³ Instrumentos que, en la última parte del siglo XX, se han visto progresivamente desplazados por la voracidad de un “economicismo” arrogante que dispone, como *método* el juego, hace de la agresión su *estrategia* (guerra económica) y como *finalidad* sólo parece responder a la eficiencia, aún hasta la autoaniquilación.

La fenomenología jurídica, particularmente a partir de las posiciones realistas, ha señalado tres aspectos o dimensiones del derecho: como hecho, como valor y como norma. Lo que, de otra manera, refleja los diversos niveles discursivos involucrados: el empírico (dogmática, histórico-sociológico), el axiológico (ético-político o teorías de la justicia) y el teórico (teoría del derecho). Desde una *visión compleja y unitaria*¹⁴ aquellas tres dimensiones fenomenológicas aparecen como tres caras, recíprocamente coimplicadas, tres momentos, sincrónicos-diacrónicos, del mismo fenómeno. Asimismo, los niveles discursivos correlativos tienen mutuas e internas correspondencias, de forma tal que, en el mejor de los casos, en función de *re-constituir* la reflexión sobre lo jurídico, habría que tener en cuenta y abordar los tres niveles discursivos, haciéndonos cargo de su complejidad y unidad. Pero es lo cierto que ese sería un trabajo mayúsculo que, por razones obvias, no puedo abarcar aquí.

Sin embargo, puesto a elegir o, más propiamente, a circunscribir el campo de estudio en razón del problema planteado, centraré la mirada, no sin cierta arbitrariedad, en los niveles teórico y axiológico. Todavía más, advierto que es desde una visión marcadamente teórica que abordo esta tarea; esto pone sobre aviso de la posición que asumo y también de las propias capacidades y limitaciones que enfrento.

Asimismo, elucidar las “causas de estancamiento y hasta de retroceso” (Bachelard, 1972; 1973) que le han impedido a la imaginación jurídica avanzar hacia la formulación de un sistema de garantías funcional a la realización de derechos humanos en cuanto *derechos de la vida* (humana y no humana), particularmente en lo que afecta a los cuerpos humanos hablantes, relacionales, de todos y todas, se debe hacer, de manera privilegiada (*estrictamente* aunque no *exclusivamente*) en el legado de “nuestra tradición jurídica” (Orestano, 1997).¹⁵ Por consiguiente, al menos en un primer momento y sólo hasta que este haya sido *agotado*, no debemos ir a buscar esas causas, ni esperar que los diagnósticos vengan de otros lugares o instancias, sino que es una tarea que debemos afrontar en el propio *campo jurídico* (Bourdieu, 2001; Bourdieu & Wacquant, 1995) y con nuestros propios recursos y capacidad reflexiva como juristas.

¹⁴ *Unitaria* pero no única, sino plural en su unidad y unitaria en su pluralidad.

¹⁵ Por coherencia con un sentido de *historicidad*, de manera privilegiada y primera, nos hemos de volcar sobre “nuestra tradición jurídica” (en el sentido de Orestano, 1997: 40-42), pero quizá sólo como punto de partida, pues, *necesariamente*, debemos abrirnos a otras experiencias y tradiciones, por exigencia de la *inter-locución de una pluralidad de voces* (Fornet-Betancourt, 1994; 2001). De esta forma, despojados de toda pretensión colonialista, en el inter-cambio y la re-visión recíprocas, *en respectividad* y sin hacer *travestismo cultural*, podremos enriquecernos, así como las *otras* tradiciones se verían, a su vez, enriquecidas.

En ese sentido es que sostengo que ya no resulta admisible la visión tradicional que ha visto la cuestión de derechos humanos como un problema externo del derecho, o bien, en el caso extremo del discurso cínico, a una inexistencia o imposibilidad utópica, toda vez que las explicaciones tradicionales de la irrealización de derechos humanos han gravitado en torno a meras excusas ideológicas tales como las siguientes:

- Se trata de un problema de inmadurez política: *los* derechos humanos sólo están garantizados en las *democracias avanzadas*. No ingenuamente tales democracias son las que están vinculadas con las formas del capital de consumo; mas lo que con esto se oculta es que *esas* democracias *pueden* garantizarlos, es decir, se oculta que el problema de la realización de derechos humanos tiene una *radical* vinculación con las condiciones materiales de producción y reproducción sociales y la riqueza social.¹⁶
- Se debe al retraso o inferioridad civilizatoria de los pueblos resagados históricamente: *los* derechos humanos nacen y se respetan en Occidente, como signo de que ésta es *la* civilización más desarrollada o superior. Pero no se problematiza el etnocentrismo noratlántico que está detrás y se da por supuesto que en el Primer Mundo, aunque haya falencias que se tienen por puntuales, hay un respeto inequívoco de *los* derechos humanos.
- Es un problema de falta de recursos: de nuevo aparece la pobreza como excusa. Hay que aceptar una selectividad racionalizada en la distribución de los recursos escasos para la implementación de *los* derechos humanos, de manera que los que requieran una inversión económica, como los denominados sociales, pueden legítimamente postergarse (*v.g.*, el discurso de la progresividad de los derechos sociales).
- Finalmente, para el discurso cínico, derechos humanos son meras declaraciones del poder (*v.g.*, el estatal), de forma que su irrealización se diluye con sólo que no se enuncien tales derechos.¹⁷

Tanta desmesura debe ser enfrentada, pues no puede dejarnos impávidos, sino que convoca toda nuestra capacidad de indignación.

A partir de este punto intentaré superar la perplejidad. Pero ¿de qué manera? De la única que conosco: de forma parcial y provisional, *pro-poniendo*¹⁸ ensayos e intuiciones, que

¹⁶ Pero, ¿no es esta la misma condición a la que está sometido todo el derecho?

¹⁷ Lo mismo que, por ejemplo, no habría infracción alguna a las disposiciones de tránsito si no existiera ninguna regulación al respecto, o no se cometería ningún *injusto* en la divulgación y promoción de la pornografía entre los niños y las niñas, si este hecho no estuviera –como en efecto no lo está en muchos lugares– tipificado penalmente.

¹⁸ Esto no es una suerte de excusa anticipada por mi propia inopia o por la posible impertinencia de lo que pueda decir, tampoco es condescendencia academicista, sino que pretende ser coherencia intelectual con una forma de concebir la construcción del conocimiento y un compromiso

probablemente más tarde o más temprano tendrán que ser abandonadas; pero esto no impide que de ellas podamos obtener algo de luz para el camino. En este sentido, denuncio la trampa ideológica que encierra la formulación de problemas insolubles, pues, o bien esos no son tales problemas, habida cuenta de que por definición todo problema debe admitir alguna solución, o bien, el problema está mal planteado; también rechazo que se nos opongan *imposibilidades ciegas*, es decir, aquellas que no nos muestren a la vez el amplio margen de las posibilidades que se abren para la acción. Además, des-andaré y volveré a andar, des-pensaré lo pensado para poder imaginar creativamente nuevas posibilidades, excavando (*arqueología*) en los fondos de tradiciones invisibilizadas, sumergidas, al margen de la oficialidad, en las fronteras que son una invitación a ser traspasadas y, por eso mismo, nos dicen de territorios *otros*; en fin, proyectaré con la fuerza de la utopía que hace exorcismo de los utopismos colonizadores, para poder *recomponer la conciencia y reconstruir la esperanza*.

Por otra parte, este es un trabajo académico, por tanto, es un texto con el que se buscan interlocutores e interlocutoras (para ser coherentes con el principio de secularización, no se pretende convertirlo en ningún texto fundacional y, por lo mismo, que el texto no se diga a sí, sino que sea el medio para esa interlocución entre sujetos). Pero, tampoco es un texto *erudito* (en el sentido que impugna Bachelard, 1972: 32), por lo que no se extiende en exponer las palabras de las autoridades establecidas, sino que es el esfuerzo por *articular una mirada alternativa*, una forma de entender-comprender una serie de materiales (ni siquiera se pretende exhaustiva) y de pronunciar una palabra propia que se funda y nutre de las muchas palabras que preceden y se incorpora en esa fuente de las construcciones humanas, *simplemente humanas... ¡he ahí su grandeza!*

Ahora bien, el problema planteado puede ser abordado desde múltiples perspectivas, con diversos instrumentales metodológicos y con intencionalidades múltivocas; pero, en la medida que este texto está en función de participar en la construcción y articulación de un conocimiento,¹⁹ intento hacer **(a)** un *abordaje epistemológico*, pues entiendo que

praxico, que entiende que sólo en y con la pluralidad de voces, particularmente con las voces más acalladas, se puede elevar el grito que denuncie tanta desmesura y pronuncie las palabras de un nuevo pacto de y para la convivencia. Se trata, entonces, como dice Raúl Fornet-Betancourt, "... de ensayar un "estilo" en el que la exposición no es mera explicación defensiva de una posición rígida, sino que busca ser propuesta, esto es, ser exposición de una pro-posición en el sentido de dejarla "expuesta" a la crítica y al contraste. (...) Por eso entonces esta advertencia expresa de que las reflexiones que siguen, quieren ser entendidas como un discurso pro-posicional que se "expone" conscientemente al examen de re-visión y de re-interpretación desde la óptica propia a otras pro-posiciones" (1994: 28 –los entrecomillados son del original).

¹⁹ Siendo coherente, se trata de un conocimiento que asume la experiencia para superar su impresión y representación inmediatas en un esfuerzo teórico por insertarla en un marco de inteligibilidad, orientado a la acción en la que está integrado y la conduce. En ese sentido, me inscribo en las corrientes que participan en esa *ruptura epistemológica* que viene dada por la distinción y la supera-

se trata de un problema de conocimiento (del orden en que nos representamos el mundo y asumimos inteligiblemente las experiencias), **(b)** desde la perspectiva de la realidad histórica (supuesta su innegable historicidad) y **(c)** para su articulación en el nivel de la acción humana. Entonces, dado que veo el problema planteado como un *obstáculo epistemológico* (Bachelard, 1972; 1973), intentaré mostrar como no se trata (exclusivamente) de un problema externo (inmadurez, falta de recursos, etc.) por el cual no se pueden realizar derechos humanos (particularmente los denominados sociales y culturales), sino que se trata (también) de un problema interno (aquí, interno tanto al pensamiento jurídico cuanto a *nuestra* cultura, en general), funcional a un sistema que ordena sus saberes y sus prácticas según una lógica de exclusión y dominación.

Se impone ahora hacer una breve descripción arquitectónica de este trabajo. En el *Capítulo I: "Epistemología y derecho moderno"*, pretendo explicar los problemas que enfrenta la ciencia jurídica para convertirse en una región epistemológica, por lo que cuestiono la manera en que se ha elaborado la idea de la autonomía del derecho y propongo introducir la autopolémica (crítica, re-visión) como un eje necesario en su realización. Asimismo, trazo, en grandes rasgos, algunas líneas a tener en cuenta para hacer una genealogía del derecho moderno. Para continuar, en el *Capítulo II: "Balance (preliminar) de la imaginación jurídica"*, intento localizar en el proceso de elaboración de sus constructos teóricos, pero también en su praxis efectiva, algunos obstáculos epistemológicos que lastran la imaginación jurídica. Todo esto como paso necesario y complementario para superar la crisis del derecho y hacer el pasaje a un cambio paradigmático.

En el *Capítulo III: "Epistemología y teoría general del derecho"*, *re-viso* algunas cuestiones de teoría general del derecho, en la línea de los principios de *secularización y democrático*. A la vez, introduzco la discusión de algunas ideas provenientes del pensamiento de liberación, en términos de derechos humanos y en función de bosquejar muy preliminarmente un pasaje posible de las tesis garantistas hacia un nuevo paradigma epistemológico.

Hacia el *Capítulo IV: "Derecho moderno e inversión ideológica: una mirada desde una sensibilidad de derechos humanos"*, habiendo llegado a la formación del derecho moderno como discurso, reviso la lógica de articulación del discurso de derechos humanos, para *localizar* en ese proceso la *inversión ideológica* de la cual son objeto y que atraviesa todo el diseño jurídico moderno. En la misma línea, en el *Capítulo V: "Una mirada al*

ción del sentido común por la ciencia (Bachelard, 1972: 15-19), o la doble ruptura epistemológica que pasa por la reconstitución de un nuevo sentido común emancipador (Santos, 2003: 120 ss.; Ibáñez, 1986: 25 ss.), lo cual convoca un esfuerzo interdisciplinario por intentar dar cuenta de la complejidad de lo real (González Casanova, 2004) y algo más... siempre *algo más*.

marco categorial del pensamiento jurídico moderno” abordo, problematizándolas, las doctrinas y paradigmas (el *marco categorial*) que sustentan la construcción normativista legalista de la Teoría General del Derecho predominante en el siglo XX, desde todo punto de vista deudora de Hans Kelsen, con particular énfasis en el problema axiológico y la solución que dicho autor da frente a las exigencias de una elección racional respecto de los juicios de valor sobre la Justicia. Además, intento ver las contradicciones a las que se llega en el pensamiento jurídico moderno por una adscripción casi ciega a esas posturas teóricas.

Por otra parte, con el *Capítulo VI*: “Crítica del principio de legalidad: contra el *rigorismo legalista*”, intento visibilizar ciertos rasgos de las tendencias (v.g., el centralismo de las burocracias gestonarias y la reducción de lo jurídico a la ley) que han llevado a la *inversión ideológica* del *principio de legalidad clásico* o paleopositivista, como lo ha denominado Ferrajoli, y que ha sido sacralizado en la teoría normativista legalista. Asimismo, intento ahondar, desde una perspectiva sociohistórica, en los resquicios que nuestra cultura jurídica ha ido dejando al *dogmatismo* y la *lectura sacrificial* del principio de legalidad. Para enfrentar esas derivas absolutistas y agresoras propongo la exploración de unas vías (la *duda* y la *crítica* de la ley) para desactivar los dispositivos discursivos que están en la raíz del *rigorismo legalista*.

Finalmente, el *Capítulo VII*: “(In)conclusiones y perspectivas: hacia una propuesta de convergencia”, toda vez que lo expuesto es, de suyo, expresión del camino andado, este capítulo resulta el intento –más que de poner punto final (provisional) al presente trabajo– de *proyectar* un campo de trabajo e investigación. En ese sentido, intento vislumbrar una serie de *pasajes de traducción* entre el pensamiento de liberación y la propuesta garantista, entre otras, con el fin de superar los obstáculos epistemológicos y rearticular la reflexión jurídica.

Confesiones...

Esto es lo que cualquier interlocutor o interlocutora se encontrará si sigue adelante, pero con ello no se ha visto lo que considero más valioso de todo este proceso. Es el hecho de que el presente trabajo lleva implícito un proceso existencial de maduración, por el cual he entendido que madurez es conciencia y responsabilidad frente a nuestra contingencia, a nuestro ser inacabado, es “don y tarea”, sobre todo tarea, camino por hacer y recorrer, apertura y esperanza. Se trata, pues, de *maduración intelectual*, la cual espero que esté reflejada en esta memoria; pero también *maduración profesional*, pues lo dicho aquí proviene de un fondo de preocupaciones sobre las cuestiones más comprometidas que me he encontrado en la práctica profesional; sobre todo *maduración personal*, ya que de alguna forma este trabajo tiene algo de catártico y me abre (a) un horizonte de posibili-

dades con espíritu de tolerancia activa, con sentido democrático, ubicado sociohistóricamente, contextualmente, con esperanza y humanidad, sobre todo humanidad.

Estos procesos han marcado definitivamente el itinerario en esta investigación: empecé planteándome el problema de las necesidades humanas, creyendo que el derecho tal cual daba alguna respuesta, pero me resultó insuficiente. Por eso, pronto se activaron viejas reflexiones, las cuales me llevaron a ver que era la *imaginación jurídica*, tal como la hemos heredado, la que está en muchos aspectos atrofiada. Por eso tuve que detenerme a revisar y hacer una especie de balance o inventario de esa herencia, y quizá aquí es donde me encuentro todavía.

Para intentar reflejar todos estas *procesiones*, a la hora de escribir también me cuestioné la mejor forma de comunicar el fruto de estas reflexiones compartidas (sí, compartidas ya desde su inicio, pues han sido alentadas y calentadas, corregidas y aumentadas, en el diálogo y el encuentro con humanos y humanas que me han dejado algo de sí) y esto es lo que ha salido. Por eso debo advertir sobre algunas *peculiaridades estilísticas* del texto que *pro-pongo* a consideración. En primer lugar, parafraseando al profesor Boaventura de Sousa Santos, para *no desperdiciar la experiencia* tuve que decidir entre hacer un texto de formato tradicional, sistemático y apersonal, o tomarlo como un acto de humanidad, como una conversación en la que propongo algunas cuestiones graves e intento dar algunas pistas que parecen muy sesudas, pero en la que también expongo mis dudas, mis temores, mis desacuerdos hasta cierto punto viscerales, cuando todavía no tengo argumentos pero sí un sentimiento que me hace abominar de toda desmesura.

Evidentemente, como se verá, la opción se inclinó por esta última alternativa y para hacerlo he ido intercalando epígrafes, los cuales están identificados con el signo § y numerados, en los cuales hago *glosas* (de textos, de argumentos, propios o ajenos) y también propongo mis *ideas peregrinas*.²⁰ Una posibilidad de lectura es omitir estos epígrafes para evitar la interrupción del discurso y, posteriormente, volver a ellos de manera particular. Asimismo, quizá por esa herencia que nos viene desde los escolásticos, tengo una tendencia a glosar, a intercalar cuestiones, argumentos, observaciones, por lo que he ido dejando muchas llamadas al pie, no para fastidiar la lectura, sino para complementar las ideas, los contextos, los escenarios. Mas para no recargar demasiado esos márgenes ni aumentar en demasía las llamadas al pie, cuidando siempre que la lectura no sea escabrosa ni más difícil de lo que son las cuestiones revisadas, he optado por hacer las referencias bibliográficas en el mismo cuerpo del texto, indicando autor, año y página, cuando corresponda; al final, se presenta un listado de las referencias bibliográficas donde se encontrará la información básica necesaria para identificar las obras citadas y hacer justicia intelectual.

²⁰ “... uno del siglo XVIII habría dicho que respecto a la *respublica iurisconsultorum*, se es *cives* o *peregrini*, sin medias tintas” (Orestano, 1997: 481).

También quiero dejar constancia que este esfuerzo estuvo asistido por el apoyo económico que me brindara la Agencia Española de Cooperación Internacional (A.E.C.I), la cual me benefició con una beca para la preparación de mi tesis doctoral, que sirve de base para este libro, y me permitió prolongar fructíferamente mi *estancia intelectual* en Sevilla. Asimismo, mi profundo agradecimiento a la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, que ha tenido la apertura y disponibilidad para publicarlo.

Una última confesión: Todo este esfuerzo topará, en su momento y supuesto que resista el paso del tiempo, con lecturas que tiendan a su esclerotización (es la misma advertencia que hago al garantismo, yo, el más pequeño de sus seguidores críticos). Por eso, si alguna virtualidad puede tener lo que aquí se dirá, es *facilitar-fomentar-invitar* a que se revisen las tesis expuestas, se contrasten y, en el mejor de los casos, se corrijan, pues esa será la señal del único grado de verdad que puedan alcanzar: la posibilidad de ser corregidas en un futuro.

CAPÍTULO PRIMERO

EPISTEMOLOGÍA Y

DERECHO MODERNO

Donde se explican los problemas de la ciencia jurídica para convertirse en una *región epistemológica*, por lo que se cuestiona la manera en que se ha elaborado la idea de la *autonomía* del derecho y se propone introducir la *autopolémica* (auto-crítica, re-visión) como un eje necesario en su realización. Asimismo, se trazan, en grandes rasgos, algunas *líneas* a ser tenidas en cuenta para hacer una *genealogía* del derecho moderno para detectar en ese proceso de construcción algunos obstáculos epistemológicos que lastran la imaginación jurídica

“El hecho de que estemos implicados en el mundo es la causa de lo que hay de implícito en lo que pensamos y decimos acerca de él. Para liberar el pensamiento de este constreñimiento, no basta con esa vuelta sobre sí mismo del pensamiento pensante que suele asociarse con la idea de introspección; sólo la ilusión de la omnipotencia del pensamiento puede hacer creer que la duda más radical tenga la virtud de dejar en suspenso los presupuestos, relacionados con nuestras diferentes filiaciones, pertenencias, implicaciones, que influyen en nuestros pensamientos.”

Pierre Bourdieu

I. De la cuestión acerca de la *autonomía* del derecho, y por qué no lo tomamos como punto de partida

En la sociedad occidental moderna existe una íntima relación entre los problemas sociales y la cuestión epistemológica (Santos, 2003; Follari, 2000). La misma relación puede predicarse respecto de las cuestiones del derecho (Ferrajoli, 1995; Barcellona, 1996; Capella, 1999; Bourdieu, 2001), ya que este abriga la pretensión de servir causas para la convivencia social (y, eventualmente para la transformación de las mediaciones de esta), por lo cual tiene una dimensión epistemológica que requiere ser elucidada, como una propedéutica necesaria para afirmar su *pertinencia*.

En ese sentido, nos enfrentamos a la *perplejidad* que describe la inserción de *lo jurídico* en la conformación histórico cultural moderna (occidental y capitalista), por cuanto que al derecho le asiste una larga tradición que lo reafirma(ba) como uno de sus pilares

(Tigar & Levy, 1978; Barcellona, 1996; Capella, 1993; 1999). Sin embargo, la *reflexión jurídica* se ha resistido a ocupar y configurar en el orden de los saberes (y la *praxis*) una *región epistemológica* específica debido, en gran parte, a su *abdicación de lo humano/social* en aras de convertirse en el discurso del poder (Santos, 2003: 187; Ibáñez, 1986: 45), al cual pretendió controlar y subordinar, aunque luego devino subordinado a éste; así como por su abdicación y entrega ante el ideal instrumentalizador de la nueva ciencia (positivismo)²¹ que le prometía una racionalidad emancipada de cualquier metafísica (excepto la capitalista, que se concibe a sí misma como *no* metafísica –Santos, 2003: 158-159; Hinkelammert, 2003: 29-73. 233-253; Hinkelammert & Mora, 2005; en general, para una crítica de la razón instrumental, Hinkelammert, I-1990; Habermas, 2002), aunque después se revelara extremadamente conceptualizadora y abstracta.

El derecho, como expresión de una voluntad soberana, vía transformación del viejo *donum Dei* que nos legara la tradición romanista, del (nuevo y sustitutivo) cuerpo sagrado del Estado centralista (Legendre, 1979: 218 ss) y camino de la confusión (identificación) Estado-derecho, que tiene su último capítulo en la propuesta kelseniana, fue considerado como el lugar privilegiado para desarrollar (instrumentar) el diseño de ingeniería social que contenían las tesis del contractualismo, así como la forma capitalista burguesa que adquirió la modernidad occidental capitalista (Tigar & Levy, 1978; Barcellona, 1996; Capella, 1999; Santos, 2003).

Modernidad para el derecho, en clave occidental capitalista, vino a significar, entonces, el predominio de las tendencias de la *regulación* frente a las de la *emancipación*, pero actuando aquellas en nombre de éstas últimas. ¡He aquí la gran *inversión ideológica* de Occidente; descubramos por aquí toda su lógica!

No obstante, se trata de un proceso de hegemonización, de colonización (no hay procesos monolíticos), que no supone la (total) anulación del factor dominado sino su disolución en el dominante. Por eso, desde la perspectiva que adopto, no hay un fatalismo maniqueo que condene la modernidad como meramente reguladora, pues en ella están presentes, como huellas sutiles y latentes, las marcas de la emancipación. Lo mismo que no podemos confundir modernidad con capitalismo, como su modo específico de organización de las relaciones sociales de producción, sino que son procesos históricos diferentes, aunque superpuestos el uno sobre la otra (Santos, 2003: 51).

Por lo que importa al derecho, en específico, instalado e instrumentalizado en el contexto de esta modernidad occidental capitalista, deriva de ahí su carácter “dúctil” (Zagrebel'sky, 1997) o, como sintéticamente lo señala el profesor Boaventura de Sousa Santos, esto es lo que provoca el “desajuste (...) endémico en la cultura jurídica del Estado moderno” (2003: 187).

²¹ Sobre este ha dicho Habermas: “El positivismo significa el final de la teoría del conocimiento. En lugar de esta última, aparece una teoría de la ciencia” (1982: 75).

El concepto de *región epistemológica* está tomado del instrumental bachelardiano, conforme al cual ésta viene definida tanto por la *autonomía*, cuanto por la *autopolémica* de una experiencia o campo de experiencias científicas (Bachelard, 1973: 31-33).

En el campo jurídico, respondiendo a las tesis liberales y los postulados del positivismo, predominantes desde el siglo XIX (Tigar & Levy, 1978: 266 ss), se llegó a aceptar y postular la *autonomía* del derecho respecto de otros órdenes normativos; el *principal* efecto de esto fue entender “el derecho como un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo sólo puede ser comprendido según su «dinámica interna»” (Bourdieu, 2001: 165), que lo exime del pensamiento social. A partir de ese *acontecimiento*, por ejemplo, la escisión y desdoblamiento entre los conceptos de *justicia* y *derecho* (Barcellona, 1996: 26-30; Ferrajoli, 1995: 218 ss), aupado por la ya consolidada tendencia hacia un *legalismo legistativista*, significó (o vino a reflejar) un fraccionamiento de los saberes respecto de *lo jurídico*.

§ 1. La “autonomía” bachelardiana está referida a la superación del “conocimiento común” o “vulgar” que supone “la primacía de la reflexión sobre la percepción, de la preparación numeral de los fenómenos técnicamente constituidos [de forma tal que queda evidente que] lo que el hombre (sic.) *hace* en una técnica científica no existe en la naturaleza y ni siquiera es una serie *natural* de fenómenos *naturales*” (Bachelard, 1973: 18 –las cursivas son del original). De ningún modo se concibe una autonomía como separación o abstracción (la “ilusión platónica de la autonomía del mundo de las ideas” que cuestiona Pierre Bourdieu, 1999: 152, y expresa similar consideración en 2001: 165-169) de las condiciones sociohistóricas de producción de las ideas sobre tales fenómenos o experiencias científicas.

La autonomía es asumida como una *primera* “ruptura epistemológica” con la cual se puede “lograr que lo científico no esté en continuidad simple con los prejuicios o las opiniones cotidianas” (Follari, 2000: 39), del modo en que lo entiende Boaventura de Sousa Santos (2003), esto le permite postular una *segunda* ruptura epistemológica al intentar una apropiación del conocimiento científico por la sociedad que lo posibilita (Santos, 2003: 59-132).

Así entendida, la autonomía del derecho y de su ciencia que podemos asumir es, por una parte, la independencia de este respecto del poder (constituido, hegemónico, regulador), lo cual podría hacer del derecho un frente de *defensa del más débil*, para parafrasear la luminosa intuición de Luigi Ferrajoli (1999), haciéndolo independiente de cualquier poder religioso, sobrenatural o socialmente constituido que no responda a un *acuerdo* (carácter *convencional* del derecho) de/para la convivencia sobre la base de la renuncia a la violencia y la guerra. Por otra parte, es la capacidad de la propia ciencia del derecho de superar los prejuicios y determinaciones que el poder pretende imponerle, para convertirlo en *su* discurso de legitimación (véase, entre otros, Tigar & Levy, 1978, 261-264; Capella, 1999: 18-25). La ciencia

del derecho que asume el reto de su autonomía es capaz de *re-flexionar* sobre sus propias categorías y la forma en que las produce, de modo que pueda –en un segundo momento– devolverlas a la praxis jurídica como una inteligencia pertinente y útil a los fines de la convivencia conforme a derecho y la emancipación.

De esta forma, en lo que cumple al (fragmento) *derecho*, se llega a la Dogmática como forma de la Ciencia jurídica, con su pretensión positivista de agotar lo que se puede decir (racionalmente) sobre el *derecho objetivo*, pretendidamente ajena a cualquier juicio de valor y funcional a la reducción del saber social a las exigencias del capitalismo (Santos, 2003: 158). Esta derivación fue secundada por una teoría jurídica, cada vez más formalizada y abstracta, que desemboca en la *Teoría Pura del Derecho*, de Hans Kelsen (1986).²² Respecto al (fragmento) *justicia*²³ se la relega a la filosofía, como *Filosofía de la justicia*, que deambula entre las pretensiones logicistas y lingüísticas de las posiciones analíticas y las tesis de un iusnaturalismo siempre redivivo.

No obstante, si a partir de la “separación ilustrada entre derecho y moral”, como ha señalado Luigi Ferrajoli (1995: 215.218-219), la autonomía del derecho respecto de otros órdenes normativos (*v.g.*, moral, religión) quedó reafirmada, no fue sino a cuenta de la total subordinación del derecho al Estado (Tigar & Levy, 1978: 260-261; Santos, 2003: 161). De esta forma, en la práctica, tal autonomía²⁴ devino en mera *ilusión* –“metáfora

²² Sobre la pertenencia de Kelsen a esa tradición dogmática, véase el criterio de Néstor Braunstein (2001: 43); además, Barcellona (1996: 24-26) y Bourdieu (2001: 166). Otro criterio que considera a Kelsen como “fundador de algo”, en el sentido de que se separa de, o bien, supera una tradición anterior, es el expuesto por Oscar Correas (2001: 71-97).

²³ Aquí hay otra escisión: por un lado, entre *derecho* y *política*, que se pretende justificar epistemológicamente con la amenaza de la falacia naturalista, y por otro lado, entre *derecho* y *ética*. Todavía ética y política juegan del mismo lado, sobre todo por una consideración de tipo emotivista e irracionalista sobre estas; además, porque en el ideal burgués, se las pretende sustituir por una técnica (Hinkelammert, 2003: 236). Tales escisiones se suelen achacar a Maquiavelo, pero siguiendo la lectura que hace Isaiah Berlin (II-1992), ello no resulta ajustado a una lectura histórica comprensiva de este. Por otra parte, más tarde también se separará (honor de la burguesía) *política* y *ética*. Siendo esto así, la labor de des-pensar lo pensado o des-andar lo caminado es ardua, pero tanto más necesaria cuanto esa irracionalidad fragmentadora nos pone al borde de un colapso (Hinkelammert, 2003).

²⁴ El discurso de la autonomía del derecho está ligado a la tradición de los juristas franceses que “[salvo] raras excepciones (...) son antimetafísicos, racionalistas de ascendencia cartesiana, poco o nada interesados por la historia, cada vez más liberados del iusnaturalismo y, en cambio, positivos, fuertemente positivos, firmes en el culto a la ley” (Orestano, 1997: 246). Respecto de la sujeción *cultural* a la ley por parte de la tradición francesa y canonista en general, véase también el trabajo de Pierre Legendre (1979). Hay que resaltar que esta “orientación francesa”, de tipo exegético, en virtud de la adopción de los respectivos códigos civiles –estandarte napoleónico–, fue dominante y aún perdura también en Latinoamérica, hasta que en el siglo XX se empezó a recibir una fuerte influencia de otra gran orientación, como la Dogmática alemana. Por esa última vía también va-

mecánica”, “juego de espejos”, como dice Boaventura de Sousa Santos (2003: 142.143, en el mismo sentido Bourdieu, 2001) – y se constituiría, así, en otro de los tantos *obstáculos epistemológicos* de la llamada ciencia del derecho.

Además, en la configuración social en la que convergieron modernidad y capitalismo, el Estado va a compartir, no sin tensiones y contradicciones, el espacio²⁵ público con el Mercado (Tigar & Levy, 1978; Santos, 2003; Hinkelammert, 2003). Esto, por supuesto, requería un nuevo *discurso de legitimación*²⁶ (Tigar & Levy, 1978: 255 ss; Capella, 1999: 21-25; Bourdieu, 2001), que vendría dado por la convergencia entre ciencia y derecho, lo cual se tradujo para este último en la adopción del *positivismo* como filosofía y el *instrumentalismo* como racionalidad²⁷.

§ 2. Es necesario distinguir entre los distintos significados y orientaciones del *positivismo*. Hay un *positivismo jurídico* que se puede ubicar en los inicios de la denominada Escuela Histórica, aunque ya tenía una larga presencia en tiempos del iusnaturalismo racionalista – sobre todo consistente con su postulado del *pacto* (ver la concepción de C. Wolff)–. Este positivismo jurídico fundamentalmente afirmaba la historicidad del derecho y su carácter convencional. También hay un *positivismo filosófico* que tiene origen en la “filosofía positiva” de Augusto Comte. Y, en el ámbito de las ciencias naturales, aparece un tipo de *neo-empirismo* que se confunde con la celebración cientificista que el mismo Comte y sus seguidores realizan; este positivismo tendrá un papel preponderante en el desarrollo del pensamiento durante los siglos XIX y XX. En el contexto latinoamericano la impronta del posi-

mos a contactar con Kelsen, pero –hay que decirlo- *traicionándolo*, pues se toma (casi sólo) el aspecto más formalista, desarraigado y legitimista de sus tesis.

²⁵ Para una reconsideración de la idea de espacio como espacio social (sistema de objetos y de acciones) en relación con la noción de totalidad y totalización, véase la obra de Milton Santos (2000).

²⁶ Tal como me lo sugería el jurista costarricense Walter Antillón quien, entre otras cosas, trabaja en la recuperación y edición de textos clásicos del derecho, un escenario demasiado elocuente donde esa convergencia entre ciencia y derecho (Santos, 2003: 186 ss) fue utilizado como *discurso de legitimación* lo tenemos en las nuevas repúblicas independientes latinoamericanas, durante el siglo XIX, cuando las emergentes burguesías nacionales pugnaban por hacerse con un código civil propio, signo de civilización (de certeza para sus transacciones comerciales y forma de clausurar los modos de propiedad no individualistas –tierras comunales, ejidos, tierras indígenas, etc.), frente a la “barbarie” (ej. derechos indígenas) y el “oscurantismo” atribuido a la legislación de Indias. Detrás estaba, también, el prejuicio de esa fácil y precipitada secularización capilar que hipotecó el horizonte del saber, para ocultar la desnudez del poder, pues, en definitiva “[la] ciencia es el poder que se niega como poder (oculta su marca) y que divide aquello sobre lo que se aplica” (Ibáñez, 1986: 48). Esto es así aún en nuestros días.

²⁷ Esta es (el tipo de) la racionalidad que tendré en la mira en este trabajo, es decir, la racionalidad *medio-fin*, que es exclusivístamente constrictiva, fragmentadora, mecanicista y con pretensiones sistémicas, no la racionalidad sin más (Hinkelammert, 2003).

tivismo ha sido clara, más allá de que se esté de acuerdo o en desacuerdo con su alcance y significación, por cuanto todas las manifestaciones de la vida científica, religiosa, artística, pedagógica, jurídica, política, moral y filosófica, entre otras, se vieron afectadas de algún modo por este (Guadarrama, 2004).

En lo particular, la línea del positivismo jurídico quedará subyugada por ese positivismo filosófico-científico, que no es más que una mezcla de cierto sentido de la historicidad del derecho (en su carácter o *naturaleza*) pero sometido a formalismos y técnicas espurias (al respecto, véase Orestano, 1997: 252.253, notas 18 y 22, sobre todo la bibliografía ahí reseñada; Tigar & Levy, 1978: 266-268).

La crítica que hago del positivismo es, por tanto, referida a esa amalgama o híbrido. Esta crítica es tanto más necesaria si queremos, en un esfuerzo casi de *arqueología cultural*, buscar materiales *sedimentados* en nuestra tradición jurídica que nos sirvan para *re-pensar* o *re-imaginar* el derecho.

Por otra parte, lo concerniente a la separación entre los órdenes normativos del derecho, la moral, la religión y los usos sociales, entre otros, es un lugar común en la mayoría de los manuales escolares de teoría jurídica, ya sea para afirmarlo de manera (casi) absoluta en la versión más radical del primer positivismo o *paleopositivismo*, o bien, para admitirlo de manera relativa, al modo de las posiciones cercanas al realismo sociológico (véase Ferrajoli, 1995: 213-231). Sin embargo, no es una cuestión que se deba dar por descontado de manera pacífica, de lo cual ya el propio Hans Kelsen (2001) ilustra con el abordaje que hace de la teoría de las ficciones de Vaihinger. Según Kelsen, para Vaihinger la separación entre el orden moral y el derecho es una “separación ficticia”²⁸, sin embargo le parece imposible “adherirse a esta concepción” toda vez que

“[la] relación entre el derecho y la moral, no es en modo alguno una relación entre dos “ámbitos de la vida”, como si se tratara de dos partes de la realidad natural. La relación “real” entre ellos, no es una relación situada en la realidad, es decir, en la realidad susceptible de ser aprehendida por la ciencia de la naturaleza en el sentido más lato – incluyendo también a una ciencia de la sociedad” (Kelsen, 2001: 32 –el entrecomillado es del texto).

Justo es, pues, el reproche de “déficit de conocimiento científico sobre la sociedad” que hace el profesor Santos (2003: 187) a la denominada ciencia jurídica.

Por otra parte, si esa fue la suerte de la pretensión de autonomía, la autopolémica apenas ha tenido eco en la reflexión sobre el derecho. Y esta es una *insatisfacción* que ya muchos y desde hace tiempo han percibido. La práctica proscripción de la autopolémica

²⁸ La tradición sicoanalítica también ha trabajado sobre el carácter ficticio de esta separación (v.g., Braunstein, 2001).

(de la *auto-crítica*, la *re-visión*) se ha debido tanto a la adopción del modelo positivista del cientificismo decimonónico, pero sobre todo a la *absolutización de la figura de la Ley*, como imagen del Estado que se escuda tras ella y, a su vez, de los intereses que este porta y oculta²⁹. En otras palabras, en el contexto de la modernidad capitalista, al reducirse el derecho al Estado y pasar el derecho moderno como derecho estatal (científico, positivo, regulador), no podía haber sido de otra forma: el derecho opera del lado (está al servicio) de la *regulación* (Ibáñez, 1986: 47) y de un específico orden³⁰, cuya racionalidad es la irracionalidad de sus condiciones de producción (Hinkelammert, 2003: 29-73).

En ese sentido, en el pasado siglo XX, a los fines de asumir el reto de la crítica, se ha visto como algunos juristas intentaron apropiarse de los instrumentales teóricos de otras disciplinas. También, desde otras disciplinas, se ha pretendido *legislar* sobre lo que corresponde y la *manera correcta de hacer* de los juristas; en el mejor de los casos, el intento de un trabajo *interdisciplinario*, no exento de incomprensiones o errores. En este proceso, la reflexión jurídica y el derecho mismo se han enriquecido con categorías, lenguajes, etc. Pero también se ha visto que la mayoría de esos esfuerzos, en la medida que apuntaban más a cuestionar el postulado de la autonomía que a introducir verdaderamente la *auto-polémica* o *autocrítica* en la reflexión jurídica, cuando se han consolidado han tendido a una creciente gravitación del esfuerzo hacia las disciplinas con las cuales se convergía, ya fuera la Sociología, la Psicología, la Historia, la Semiótica, etc.³¹ Mas esto no debe desanimarnos, tanto más cuando estamos en capacidad de reconocer la urgencia y necesidad de encaminarnos hacia una *diálogo interdisciplinario*, con un talante abierto y generoso, sin pretensiones colonialistas y sin complejos de ningún tipo³².

De esta forma no he hecho más que mostrar rápidamente las falencias que presenta *la reflexión sobre lo jurídico*, en términos de poder considerarla *constituyendo* una región

²⁹ Sobre el carácter anónimo que adopta la burguesía como clase; su confusión con la idea de “nación”, que subyace como fondo a ser desnudado en la discusión sobre el nacionalismo (clásico, pero también el actual); la naturalización de su dominación que coagula en el Estado a través de las palabras sagradas de la Ley, véase la obra de Jesús Ibáñez (1986: 47) y los trabajos de Pierre Legendre (1979, particularmente el Capítulo V: “El discurso suspendido”, pp. 205 ss).

³⁰ En referencia al capitalismo como *orden* que implica además del sistema económico, una estructura social, un modelo de cultura y una estructura política, véase la obra de Roger Garaudy, 1973: 63-64. Sobre el desarrollo y contenidos del capitalismo, véanse Kart Polanyi, 1997; Hinkelammert & Mora, 2001; 2005; asimismo, sobre una visión sintética de las fases o periodos de este desarrollo, en relación con el derecho, Santos, 2003: 156-186, y en relación con las ciencias sociales/humanas, Ibáñez, 1986: 45-132.

³¹ Sobre este itinerario un tanto atormentado, véase Orestano, 1997: 474-483.

³² En ese sentido, son pertinentes las reflexiones que hace Raúl Fornet-Betancourt (1994; 2001) respecto de una propuesta de filosofía intercultural. Además, sobre las relaciones del derecho con disciplinas como la Sociología y la Psicología, véanse los clásicos trabajos de Renato Treves, 1988; Theodor Geiger, 1983; Guglielmo Gulotta, 1987; Rüdiger Lautmann, 1974, y José Juan Toharia, 1975, entre otros.

epistemológica. Por consiguiente, sostengo que si la autonomía del derecho ha sido, cuando mucho, solo parcial y siempre funcional a los intereses de un orden social específico (el orden burgués capitalista) y ha quedado subsumida en la estatalización, que es la versión práctica del (paleo)positivismo, con mucha mayor fuerza la autopolemica ha estado obstruida o imposibilitada en la reflexión jurídica, lo que “determina” las limitaciones o imposibilidades del mismo derecho para cumplir con los cometidos a él acordados.

En otras palabras, los *recortes* o limitaciones que se denuncian (por ejemplo, en la percepción de la “crisis del derecho” señalada por Luigi Ferrajoli, 1999) en las dimensiones empírica (dogmática, histórico-sociológica) y axiológica (ético-política de la Teoría de la justicia), está dado (o es otra de sus caras) por el recorte en el ámbito del saber (teoría), que no admite la autopolemica, el ejercicio del pensamiento negativo como factor interno, lo cual le permitiría una re-visión o re-composición por la elucidación de sus omisiones (lagunas) y contradicciones (antinomias), pero, sobre todo, como conflictuación y evaluación permanente de su propia construcción (la ley).

Por todo esto, me interesa introducir la autopolemica (auto-crítica, re-visión) en el *pensamiento jurídico*. Sobre la autonomía del derecho y su ciencia no me detendré más; aunque lo cierto es que a partir de la autopolemica, al menos desde la perspectiva que asumo y ensayo aquí, se podrá redimensionar y reubicar la cuestión de la autonomía (que será *especificidad* de la ciencia del derecho, no más), pero eso también tendrá que ser tratado en otro lugar.

Finalmente, advierto que por *pensamiento jurídico* entiendo aquí el conjunto de actividades de reflexión y sus productos sobre el derecho (*inteligencia* que, a su vez, lo configura), cualquiera sea el método empleado (científico-dogmático, filosófico o teórico-explicativo), el nivel de análisis a que correspondan (semántico, pragmático o hermenéutico), o las parcelas discursivas implicadas (teórico, científico-dogmático, histórico-sociológico o ético-político). Se trata, pues, de una categoría general que alude a la reflexión sobre el derecho, pero, a la vez, la auto-reflexión o re-flexión de sí mismo del derecho.

De esta manera aludo al trabajo específico de quienes se asumen y tienen reconocimiento como juristas. Pero, no en menor medida, considero constitutivo de este pensamiento jurídico, en cuanto categoría general, el trabajo de otros operadores jurídicos socialmente reconocidos (jueces y juezas, abogados y abogadas, etc.), inclusive lo que dan de sí las diferentes comunidades o pueblos que adoptan y rigen su *praxis* conforme a derecho, siendo este un punto de ruptura radical, ya que no es sólo o exclusivamente el predominio sagrado de una comunidad de expertos, maestros de la Ley. Por otra parte, este pensamiento jurídico se ve potenciado, realizado y mantenido por una *imaginación*

*jurídica*³³, entendida como la disposición crítico-constructiva de una reflexión permanente sobre lo jurídico.

Por otra parte, un trabajo como este que pro-pongo, en la medida que tiene un carácter eminentemente teórico, por lo que requiere niveles altos de generalidad, por sus implicaciones en los otros niveles, necesita operar, también, con algunas categorías genéricas. En adelante, cuando me refiera al conjunto de esas actividades re-flexivas y sus productos, utilizaré indistintamente las expresiones “reflexión jurídica”, “pensamiento jurídico” o “ciencia jurídica”³⁴, que para estos efectos lo uso como sinónimos; mas si quiero señalar un aspecto específico o un análisis particular lo indicaré expresamente.

II. De por qué es necesario introducir la *autopolémica* en el derecho: el concepto de *obstáculo epistemológico*

Siguiendo los postulados de la crítica epistemológica propuesta por Gastón Bachelard (1972; 1973), diversos autores han advertido sobre los *obstáculos epistemológicos* que atrofian la imaginación de la ciencia jurídica.³⁵ Por eso me interesa fijar la idea de *obstáculo epistemológico* que adopto; al respecto, el propio Bachelard dice:

“No se trata de considerar los obstáculos externos, como la complejidad o la fugacidad de los fenómenos, ni de incriminar a la debilidad de los sentidos o del espíritu humano: es en el acto mismo de conocer, íntimamente, donde aparecen, por una especie de necesidad funcional, los entorpecimientos y las confusiones. Es ahí donde mostraremos causas de estancamiento y hasta de retroceso, es ahí donde discerniremos causas de inercia que llamaremos obstáculos epistemológicos” (Bachelard, 1972: 15).

Por mi parte quiero algo más: captar “los entorpecimientos y las confusiones” (internos), pero contextualizados en sus condiciones de producción (externas), siempre *ubicadas* en (y como producto de) la contingencia (histórica). Todavía más, sostengo que no hay forma de comprensión y realización del derecho, sea filosófica, teórica, dogmática o

³³ Esta idea o figura de “imaginación” la he tomada siguiendo la sugerencia de Charles Wright Mills, 1993, y tiene una correspondencia con la “fantasía creadora” de Riccardo Orestano, 1997: 451-456. En un sentido similar, Edgar Morin, 1995, para quien “[la] imaginación es, para hablar en propiedad, el espíritu de hipótesis, en el sentido fuerte del término, que es el manantial de ideas, y no en el sentido débil, que es la desconfianza ante la idea” (p. 62).

³⁴ En este sentido, véanse las reflexiones de Riccardo Orestano, 1997: 33-54, o las notables intuiciones sobre el quehacer de la “ciencia jurídica” de Giuseppe Capograssi, 1959.

³⁵ Sobre los obstáculos epistemológicos en la ciencia jurídica, véase la obra de Michel Mialle, 1982, así como las observaciones que en un sentido similar hace el profesor Riccardo Orestano, 1997: 415 ss., de las que más adelante haremos un breve *excursus* ilustrativo.

pragmática, que no esté expuesta a verse *interferida* por esos obstáculos,³⁶ toda vez que esa *reflexión* (proceso de inteligibilidad y la inteligencia misma obtenida) está marcada por las condiciones que le impone su inserción en (vinculación con) una determinada configuración sociohistórica (Bourdieu, 1999: 23; Follari, 2000).

En las sociedades del *sistema mundo* de la modernidad occidental capitalista se dispone un orden de ideas que preforman el orden de los hechos, los conceptos y las categorías jurídicas y, a su vez, resulta sostenido y reforzado por la recurrencia de las prácticas así predispuestas. Esto, que se puede predicar de otros estadios (previos) y tradiciones socio culturales, tiene una diferencia y novedad en este contexto, pues se trata aquí de una producción de sentido asumido como función específica del poder e inscrita en una dinámica de visibilización-invisibilización, ausencia-presencia de su propia “huella” (Ibáñez, 1986).

Por consiguiente, creo indispensable conflictuar (en la medida de lo posible desanudar, re-mover) la convergencia entre el proceso de la modernidad, vinculado a los principios de secularización (la autoridad des-fundada, el politeísmo de los valores, etc.) y democrático (principio de igualdad, pluralidad de las razones, etc.), y las exigencias del modo de producción capitalista (Santos, 2003: 51; Barcellona, 1996: 23 ss.). No obstante, en este trabajo no puedo desarrollar esos análisis, pero intentaré aportar otras tantas evidencias de los bloqueos existentes en la ciencia jurídica y el derecho en general, particularmente en lo que afecta a su *núcleo básico* (derechos humanos).

No por urgente y necesaria esa tarea resulta fácil, por eso no pretendo abordarla sin más. Empero, intento apuntar y proponer algunos elementos o insumos que pueden ser tenidos en cuenta para esa labor, mas no la agotan y, en última instancia, se benefician de (asumen) la *provisionalidad* y *parcialidad* de cualquier acción y conocimiento. Así, no pretendo siquiera realizar un “psicoanálisis” al estilo bachelardiano, completo y exhaustivo, del pensamiento jurídico, sino sólo intento llamar la atención sobre un aspecto básico: el problema de *la mirada (desde dónde se ve el derecho y dónde ve el derecho aquello que ve)* y como lo construimos (teóricamente), habida cuenta que esa *mirada*, en cuanto *mirada moderna*, contiene como componentes de su propia condición elementos utópicos³⁷ que deben ser elucidados, para constreñirla a su inobjetable historicidad e integridad con la

³⁶ Para intentar este análisis (que es *autoanálisis*) debemos romper con la disyunción interno-externo, para encaminarnos a una visión compleja conforme a la cual *lo-interno-es-la-concentración-concentración-de-lo-externo-(que)-es-la-expansión-distención-de-lo-interno*; es evidente que enfrentamos limitaciones de nuestro lenguaje y formas de representación.

³⁷ No para excluirlos o exorcizarlos, como pretendía cierto positivismo maniqueo, sino para *sujetarlos* al criterio de la factibilidad. Cuando la utopía no aparece *sujeta* (en un doble vínculo: a la factibilidad y a los sujetos humanos), deviene *utopismo* que termina por destruir el *realismo posible*; pero, utopismo es tanto la tendencia que no establece ese doble vínculo a la utopía, cuanto aquella otra que en nombre del realismo niega la utopía y sólo se somete a lo factible *chato*, es decir, sin horizonte (Hinkelammert, I-1990).

complejidad de lo real y poder enfrentar las pretensiones del (viejo y nuevo) platonismo de la ilusión de la autonomía de las ideas jurídicas (Bourdieu, 1999: 151-152). De esta manera este esfuerzo apunta principalmente a crear un marco de comprensión para lo que trataré en los capítulos subsiguientes.

§ 3. El profesor Riccardo Orestano (1997) advierte sobre las “ilusiones” de las que no está inmunizado ningún jurista y que están vinculadas principalmente al carácter *lenguajero* (para utilizar una expresión con reminiscencias lacanianas) del derecho. En ese sentido, resalta la ilusión objetivista por la que los juristas y las juristas, al referirse (verbalización de la experiencia) a la (*su*) realidad, producen conceptos, nociones, categorías, entre otros elementos, los cuales, por un proceso de objetivación (reificación de las abstracciones), terminan por sustituir (*hipóstasis*) la realidad misma. Esta ilusión lleva a la búsqueda de las esencias de los conceptos jurídicos (prejuicio ontológico) y ha venido de la mano y se alimenta de una lógica substancialista.

“En la base está la relación gramatical «sujeto-predicado», que en el plano lógico se resuelve en la relación «substancia-atributo»./ De este modo, toda palabra, toda expresión apta para ser sujeto de una proposición –es decir, de un juicio lógico– adquiere valor de «substancia». Una sustantivación, entiéndase bien, meramente verbal” (Orestano, 1997: 421, los entrecomillados son del original).

Esto no niega que

“[las] abstracciones forman parte –irremediablemente– del núcleo primario, constitutivo de la *scientia iuris*, y a ella hay que reconducir los otros procedimientos en que se concreta la actividad de todo jurista. Pero precisamente por esto es absolutamente indispensable que cada uno sea consciente –con extrema lucidez– de las implicaciones y de los límites que éstas comportan” (Orestano, 1997: 430 –la cursiva es del original).

Asumido eso, el profesor Orestano hace tres advertencias sobre el uso de tales abstracciones (sean como instrumentos del pensamiento o como objetos de discurso):

“Las principales [advertencias] se refieren a tres puntos:

- los peligros de contaminación entre nociones abstractas correspondientes a experiencias diferentes;
- las relaciones entre estas nociones y la experiencia a que se refieren;
- los problemas que surgen de las nociones que implican la de «derecho».” (Orestano, 1997: 432 –el entrecomillado es del original).

Tales advertencias adquieren toda su relevancia cuando se analizan los procedimientos que cualquier lenguaje técnico (y el de la ciencia jurídica pretende ser uno de ellos) utiliza para elaborar sus nociones y categorías (Orestano, 1997: 432-436), a saber:

- a) «procedimientos de desplazamiento»: cuando una noción abstracta ajena a la propia experiencia es utilizada para expresar experiencias anteriores o posteriores, sea del mismo acontecimiento o de otro diverso al que se refiere originalmente;
- b) «procedimientos de generalización»: es la utilización como categoría universal e inmutable de nociones abstractas, que son siempre formadas en un ámbito de experiencia específico;
- c) «procedimientos de autoproyección»: cuando las nociones abstractas elaboradas respecto de acontecimientos presentes son utilizadas para expresar experiencias pasadas, o aún presentes pero diversas a la que le diera origen.

Con el *tránsito* a la modernidad, en virtud del *principio de secularización* y la cada vez más aguda conciencia de la historicidad, la reflexión jurídica asume la inexistencia de un fundamento (natural, esencial) del derecho y revela, así, el carácter *convencional* de las *palabras de la ley* (expresión con resonancias medievales). Luego, el material con el que trabaja la comunidad jurídica es, en definitiva, del orden de las palabras. Y en tanto que palabras, éstas son humanas y pronunciadas por un *sujeto*. Pero aquí nos encontramos con una primera *bifurcación*, tanto por la vía de la consideración de las “palabras”, como por la vía del “sujeto”.

Por la vía de las “palabras”, éstas *se dicen en y*, a la vez, ellas mismas *dicen de* una realidad específica; tanto más las palabras *de(l)* derecho, con su potencia preformativa de realidades, son palabras en *respectividad*.³⁸ Sin embargo, la deriva que toma esta vía de la bifurcación termina por ceder a la fuerza de una tradición sustancialista (Orestano, 1997: 419 ss.; Bachelard, 1972: 115 ss.). De esta forma, la vía para la *ilusión trascendentalista* está servida, sobre todo en el ámbito de las lenguas romances y su “proclividad” a la sustantivación (sustancialismo) de las ideas, los conceptos, etc.

Por la vía del sujeto, en tanto que *sujeto parlante* sólo puede ser el *sujeto humano vivo*. Un sujeto con necesidades, producto de su contingencia, abierto, que produce realidades. Mas el designio igualitarista de la modernidad, inmediatamente ensamblado con el individualismo y funcional a la lógica propietaria (Barcellona, 1996) del orden que establecía su hegemonía, deviene en *igualdad formal*, y ésta sólo puede ser predicada de un sujeto

³⁸ “La respectividad afirma la pluri-versión de la realidad, pero sin abandonarla al aislamiento –que es, en definitiva, la raíz del relativismo–, sino abriendo el espacio formal para pensar su substancial conexión” (Fornet-Betancourt, 1994: 25; 2001, 49). “La respectividad no es aquello “en que” una realidad se está refiriendo a otra, sino aquello según lo cual toda realidad está constituida como realidad. Por eso, la unidad de realidad es unidad de respectividad y lo real es siempre sistema, constructividad y estructura” (Ellacuría, 1990: 55).

igualmente formalizado, de *sujetos abstractos*, sin necesidades, por ende, fuera de la contingencia. La vía para la “ficción del sujeto”, de la persona jurídica, queda, así, realizada.

Si siguiéramos las vertientes de esta bifurcación nos daríamos cuenta que la reflexión jurídica, inserta en la configuración socio cultural de la modernidad capitalista (siglos XIX-XX), derivó su secular búsqueda de sistematización y racionalización (Santos, 2003: 141) hacia el positivismo jurídico; asimismo, que se rindió a los ideales deterministas de progreso, control y orden, de regularidad y previsibilidad. De ahí que la imaginación jurídica fuera incapaz de cuestionar *su* modo de conocer, que en realidad era el modo de conocer de la nueva ideología (el positivismo). El *canto de sirenas*³⁹ de la nueva ciencia y su ideología, *paradójicamente*, en nombre de la promesa de la *emancipación por la razón*,⁴⁰ llevó a la reflexión jurídica a la aceptación de un orden de cosas, de la empiria como un *no va más o*, lo que es lo mismo, a la *naturalización* de la historia⁴¹.

Desde esta óptica también podemos acceder a otra bifurcación. La ciencia del derecho paga su ingreso al círculo sagrado de las ciencias y entra al servicio del nuevo orden social, a partir de una *doble abdicación*, ejercida sobre sus dos términos.

- En cuanto *ciencia*: el “envejecimiento científicista”,⁴² como lo llama el profesor Orestano (1997: 320-321), producto de una confianza ingenua en el “método técnico-jurídico” y una obsesión por realizar una “investigación objetiva”, al estilo de las ciencias de la naturaleza, lleva a la reflexión jurídica (en un proceso que viene desde el Humanismo renacentista) a suscribir casi sin reparos el credo científicista de la *ge-*

³⁹ Este *canto de sirenas* siempre se escucha en el borde del abismo, del vacío, “[el] lugar vacío del que dice la ciencia se llenará con el fantasma de su autoengendramiento, la razón (la razón burguesa abstracta y generalizante)” (Ibáñez, 1986: 48).

⁴⁰ Conveniente sería desanudar los nudos de significación asignado a esta *emancipación por la razón*. Un lugar que habría que visitar es la distinción de Vico entre *verum* y *certum*. Esto nos podría colocar, en el momento mismo del tránsito a la modernidad, frente a una consideración de la razón que no sea *exclusivamente* cognitiva (por cuya vía nos ha llevado a considerar exclusivamente su lógica constrictiva, de fragmentarias e instrumentales relaciones medio-fin, sin vinculación con la *praxis*, etc.), como nos la ha legado el científicismo decimonónico. Sobre esta distinción del *verum et certum* en Vico, véanse Santos, 2003: 141-144; Berlin, II-1992: 178-187.

⁴¹ De cómo esta *naturalización* de la historia es producida por la burguesía y funcional al ocultamiento de su dominación, véase Ibáñez, 1986: 47. Asimismo, sobre los mecanismos y procesos de esta naturalización, por la confianza ciega en una razón que guía la historia y por su inscripción en los cuerpos en forma de disposiciones (*habitus*), por lo que en realidad se trata de una doble naturalización, véase Bourdieu, 1999: 236-240.

⁴² Esta tendencia, en su momento provocó un avance significativo para la reflexión jurídica, está presente ya en el siglo XVIII, se prolonga en su versión más ingenua y envejecida durante el siglo XIX y llega hasta entrado el siglo XX. Creo que en la actualidad, no obstante la grave crítica a la que ha sido sometida esa ingenuidad científicista y más allá de un compromiso con una particular concepción del derecho y su ciencia, por una actitud acomodaticia y permisiva, perduran muchos de sus vicios.

neutralidad y universalidad,⁴³ por el cual la ciencia no puede estar basada en hechos particulares, concretos, contingentes, sino que debe partir de principios universales.⁴⁴ He aquí uno de los motivos por los cuales la reflexión jurídica ha asumido el orden de la *praxis*, su vinculación con la realidad social, como lo que la separa de su ideal.⁴⁵ *Y el remedio no fue mejor que la enfermedad*. El camino que siguió para realizarse como ciencia fue desentenderse de la contingencia histórico-social que “es la condición humana de la modernidad” (Heller, 1999: 32), abdicando de la *praxis*, de la realidad social,⁴⁶ y centrándose asépticamente en sus fórmulas..., hasta llegar a un conceptualismo estéril, como lo denunciara en su momento Rudolf Ihering.

En otros términos, esta evasión del terreno de lo humano, lo social, la historia, describe el camino que lleva de las ideas de “neutralidad” y “objetividad” cuasi-absolutas de un positivismo cientificista, en fin de pureza,⁴⁷ a las de *autopoiesis* y autorreferencialidad del pensamiento sistémico contemporáneo. Mas debe quedar claro que esta renuncia a lo humano, esta abdicación de la *praxis* social, fue empujada, orquestada y aprovechada por el otro proceso que se imponía: el capitalismo, con toda su visión terrorífica y potencial de exigir “la muerte del deseo de vivir” (Ibáñez, 1986: 47). Esa *muerte del deseo de vivir* aparece en todo el proceso de transformaciones del ser humano, cuerpo viviente, que se opera bajo el dominio capitalista⁴⁸ y sólo se explica por esa *connivencia entre saber y poder*.

⁴³ Sobre el universalismo en la escuela Cultra francesa, cfr. Orestano, 1997: 224-227.

⁴⁴ Sin embargo, la ciencia jurídica (cualquier ciencia) en realidad sólo se encuentra con los materiales (valores, instituciones, normas, necesidades, proyectos de vida, etc.) que la específica realidad social, en toda su complejidad y “pluri-versión”, le ofrece, y éstos son singulares, concretos, contingentes.

⁴⁵ En esta vieja cuestión por la *cientificación* de la reflexión jurídica (del derecho y su ciencia) tienen su raíz, también, las polémicas por el pluralismo y el monismo, el particularismo y el universalismo.

⁴⁶ En esta abdicación se generaría, como ha señalado el profesor Santos (2003: 187), el déficit de conocimiento social de la ciencia jurídica moderna. Asimismo, en esto estriba su deriva hacia los procesos de absolutización y el *rigorismo de la ley*, pues “[una] vez descontextualizado, todo el conocimiento es potencialmente absoluto” (Santos, 2003: 31). Por el contrario, “la historización libera de esa forma de fetichismo que es la ilusión platónica de la autonomía del mundo de las ideas – matemáticas, en particular, pero también jurídicas o literarias- y que se expresa, en formas más o menos idénticas, en los diferentes campos” (Bourdieu, 1999: 151-152).

⁴⁷ ¿No es, acaso, ésta la vía de una *historia interna*, separada y (casi) autónoma o independiente de una *historia externa*? “Y sin embargo, la distinción «interna», y «externa» no se sostiene” como lo advierte Isabelle Stengers en su ensayo “Los episodios galileanos” (en Serres, ed., 1991: 282).

⁴⁸ La *saga del cuerpo* bajo el dominio del capitalismo inicia en la producción de “pieza acoplada a máquinas y organismos”, para llegar a los “cuerpos-máquina” y “cuerpos-especie” como base de la producción de “cuerpos-individuos”, etc. (Ibáñez, 1986: 55 ss.). Asimismo, sobre como “[el] orden social se inscribe en los cuerpos” mediante las estrategias de creación e incorporación de disposiciones (*habitus*), véase Bourdieu, 1999: 183-187.

“El poder quiere el orden, el saber se lo da. En cada momento de inauguración, de comienzo, la ciencia enuncia un teorema de potencia, de mando y de obediencia, de dominio y de posesión. Al comienzo un mandamiento. Por método, una estrategia” (Michel Serres citado por Jesús Ibáñez: 1986: 50).

Por su parte, el derecho la ha legitimado ideológicamente con sus construcciones categoriales funcionales a las transformaciones que el sistema productivo operaba. Así, *el humano* (en la concepción patriarcalista y etnocéntrica esa condición está reservada a los varones, blancos, propietarios, *pater familiae*) se constituye en *individuo* hasta llegar a ser *sujeto de derecho*, ya demasiado abstracto y descorporeizado pero idóneo para que se le pueda confundir con la *empresa*, que es el sujeto privilegiado del capital. Al fin y al cabo, el derecho termina hablando de *persona jurídica*, que mal espejo es hoy para los humanos y las humanas, cuerpos vivientes. He aquí el legado, en su cara más agresiva y devastadora, del cientificismo ingenuo, pues como bien ha señalado Jesús Ibáñez:

“El mundo aparece ante la ciencia como un campo de operaciones: el objeto de la ciencia es hacer que el mundo trabaje para el capital” (1986: 50).

Esto no podía dar otro resultado que el creciente desplazamiento de la centralidad del derecho en la vida social, al punto que tanto el Estado cuanto el mercado lo ha ido sustituyendo progresivamente por las técnicas de intervención social, con lo cual se han plantado “las simientes de la banalización del derecho” (Santos, 2003: 171).

- En cuanto *derecho*: a éste únicamente le compete *regular* el orden social, ejercer una autoridad reguladora. Se proscribía, entonces, su dimensión emancipadora (utopía),⁴⁹ pues las demandas que por esta vía afloran cuestionan el orden (estatal) que le otorga su *ratio* (de la “razón jurídica” a la “razón de estado”) desde que se desentendió de la praxis social. Esta *paradoja del derecho moderno* queda lúcidamente sintetizada en las palabras de Pietro Barcellona, cuando afirma:

“El derecho moderno es histórico y positivo, arbitrario, convencional y mudable, pero al mismo tiempo está destinado a bloquear, anticipar, programar el cambio, a ser el programa de la eternidad del mundo” (Barcellona, 1996: 19).

Por consiguiente, lo que vengo a decir aquí (siguiendo una senda recorrida marginalmente por otros) es que fundamentalmente los problemas de la reflexión jurídica son

⁴⁹ Sobre la tensión entre *regulación* y *emancipación* en la saga del derecho, que viene desde la *recepción* del derecho romano, cfr. Santos, 2003: 135 ss. Esta tensión tiene una analogía con aquella otra entre *ideología* y *utopía* advertida por Karl Mannheim (1958) en su clásico libro homónimo.

eso: *sus problemas*.⁵⁰ Su bloqueo estriba en la forma del acto de conocer y no sólo en lo que se conoce.⁵¹ Así, en la manera de construir las categorías está la limitación para poder acceder al conocimiento de *lo real* (en nuestro caso, lo jurídico como dimensión que construye una *totalización* socio cultural) y, sobre todo, que esos bloqueos derivan de su inserción en un espacio socio-cultural determinado y la asunción de unas funciones que no por haberlas asistido y justificado⁵² le son propias.

No obstante que el derecho no pueda deshacerse de su dimensión de regulación (su *carácter coercitivo* puede ser, como ha señalado la mayoría de la doctrina, *un* distintivo),⁵³ no debe sacrificar o abdicar de su dimensión emancipadora (su cara utópica). Es decir, que el derecho puede ser una “fuente de libertad”, un vehículo para las reivindicaciones que desde los *movimientos emancipadores* se hacen, le es tan propio como su capacidad para cumplir con los cometidos de la regulación social (Tigar & Levy, 1978: 255 ss.).

⁵⁰ Sobre como la supuesta insolubilidad de un problema estriba en su mal planteamiento y “cómo la constatación de una imposibilidad no es en absoluto sinónimo de limitación del pensamiento”, cfr. Bachelard, 1973: 21-25, el fragmento está tomado de la p. 23.

⁵¹ Para llegar a ser autónoma, la ciencia del derecho abdicó de conocer la realidad social por centrarse en conocer la forma de regularla. Sin embargo, la autonomía es de la Ciencia (y esto siempre con muchas precauciones), no de la *materia* (la realidad o praxis social) que conoce y sobre (a partir de) la cual construye su *objeto* (experiencia jurídica). En general, este es el *tipo* de autonomía en las ciencias que cuestionamos, por su irracionalidad y potencial de agresividad; es, asimismo, lo que lleva a levantar voces como la de Isabelle Stengers (“Los episodios galileanos”), que con relación a la lectura que hace el historiador Arthur Koestler de la polémica Galileo-Iglesia, dice: “Tal es el trasfondo del «episodio» de Galileo para Koestler: el drama de la divergencia entre «racionalidad» y «valores», que permite hoy día a los hombres manejar la bomba atómica sin preocuparse por las consecuencias de un poder semejante. La ciencia ha hecho de Galileo el símbolo de su libertad, pero este símbolo revela, antes que nada, la incoherencia entre sus propias condiciones de desarrollo, violentamente reivindicadas, y los valores de una sociedad sentidos como obstáculo, resistencia y oscurantismo” (en Serres, ed., 1991: 261).

⁵² En el orden capitalista hay una especie de connivencia entre el derecho y otras disciplinas, como la estadística (ciencia del Estado, competente para decir lo que se *puede decir* sobre él), sintéticamente retratada por Jesús Ibáñez (1986) cuando afirma que “[la] estadística acompaña al poder capitalista en todas sus fases: permite un poder que se reserva el azar y atribuye la norma, que puede predecir siendo impredecible; en la fase proto-capitalista, la estadística descriptiva permite al poder reducir a norma, objetivar el comportamiento de las personas y el movimiento de las cosas (permite una estrategia contra entes sin estrategia); en la fase del capitalismo de consumo, se desarrollan a partir de la estadística ciencias que permiten controlar el enfrentamiento de actores estratégicos simétricos, como la teoría de juegos, y el enfrentamiento de actores estratégicos asimétricos, como la cibernética, ciencia de la dirección. A lo largo del proceso capitalista, la estadística ayuda a una recuperación creciente del azar por el poder” (p. 62, nota 42).

⁵³ Este énfasis *regulador* aparece, por ejemplo, en Kelsen (1992), quien reduce la dimensión social a orden y éste como “un conjunto de reglas que determinan como deben comportarse en relación a los demás” (p. 152); todo lo cual lo lleva a concluir de forma reduccionista que “el Derecho es un orden coercitivo” (p. 157), pues hasta ahí llega su comprensión del derecho.

Esta “tensión” ha estado presente en toda su historia; tensión que, en última instancia, es la que lo constituye y sostiene (Santos, 2003: 138). Ha estado presente tanto en el proyecto de los Escolásticos, que buscaban un derecho independiente del poder de los señores feudales y que pudiera enfrentar el fraccionamiento de la sociedad feudal, como en el ideal del Humanismo renacentista y, asimismo, en los esfuerzos secularizadores de los filósofos ilustrados, que buscaban fundar un *buen orden* racional, asentar la *aequitas civilis* (Vico).

Luego, ahí es donde radican los obstáculos del pensamiento jurídico, en el *modo de pensar* y de pensarse a sí mismos (*imaginación jurídica*), capacidad que ha quedado, con mucho, paralizada, dormida. E intentando determinar esos obstáculos, sólo pretendo reactivar (¡sí, todavía creo en las posibilidades del derecho!) el potencial de la imaginación jurídica para dar respuestas a las nuevas configuraciones socio históricas y participar en su construcción en esta transición paradigmática.

III. Interludio sobre el *centralismo burocrático* en el moderno Estado de derecho: noticias de una *secularización epidérmica*

El *centralismo burocrático* de los estados modernos es una evidencia de lo que podemos llamar *secularización epidérmica*; es decir, la modernidad pretendía haber superado (en las posiciones más extremas: vencido y desechado) por (el) imperio de la Razón todo vestigio de las visiones dogmáticas mítico-religiosas y animistas, a las que llegó a calificar de metafísicas, pues como ha dicho Pierre Legendre en la entrevista que le hiciera Enrique Kosicki (“La crisis del juridismo”):

“... lo que es dogmático no tiene buena prensa, porque no es muy razonable, es contrario a la idea que nos hacemos de la Razón, del principio de Razón que no es otra cosa que el anverso del principio de autoridad, o, si lo prefiere, su lugar” (Legendre *et. al*, 1982; 44).

Mas ese carácter de “anverso” será invisibilizado por el objetivismo de la jerga cientificista y la gestión burocrática.

En el ámbito del derecho esta pretensión anti-metafísica pasa por muchos lugares, pero nos interesa resaltar dos de esas vertientes, muchas veces contradictorias, a saber: la *crítica al principio de autoridad* y la *pretensión de autonomía* del derecho. De este modo, Pierre Legendre nos orienta cuando señala:

“Para comprender el sistema centralista hay que volver a la cuestión jurídica en su conjunto, tal como la recibimos de Justiniano y del derecho romano, destilado primero en Europa, después en todo el universo industrial, sobre la base de las interpretaciones escolásticas de la Edad Media. El centralismo es ante todo eso: la operación histórico-política que ha

instalado nuestra idea de lo que de buen grado yo llamaría religión del poder, una religión perfectamente definida en el título primero del Código de Justiniano, cuando el emperador teócrata define la Razón, es decir el dogma trinitario. Esto es fundamental. El centralismo es algo que pone en escena el lugar de Dios, digo bien: *poner en escena un lugar*” (en Legendre *et. al.*, 1982: 47 –las cursivas son del original).

Y ningún escenario más apropiado para ver esa puesta en escena de la *teatralidad* de la autoridad que el poder judicial, como *martillo* del poder estatal que monopoliza la fuerza social. De ahí que

“[el] proceso, confrontación de puntos de vista singulares, inseparablemente cognitivos y evaluativos, que es zanjada por el veredicto solemnemente pronunciado por una autoridad socialmente autorizada, representa una puesta en escena paradigmática de la lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social” (Bourdieu, 2001: 200).⁵⁴

En ese sentido,

“[el] centralismo no quiere decir que el centro está aquí más que en otra parte; sino que el centro está allí donde se halla la autoridad, allí donde el principio de autoridad funciona” (Legendre en Legendre *et. al.*, 1982: 47),

aunque su lugar pueda desplazarse en el *campo* (Bourdieu, 1999: 147 ss.) socio-cultural, por cuanto se trata de una puesta en escena que *dispone* el lugar desde donde se dice la verdad sobre el mundo social (narratividad) y se *nominan* los elementos de la realidad (cosas, acciones, etc.); de ahí que, por ejemplo,

⁵⁴ Continúa diciendo Bourdieu: “Esta lucha en la que se enfrentan visiones del mundo diferentes, es decir antagónicas [de las tres primeras acepciones generales que aporta el DRAE al vocablo “diferencia” sólo el tercero hace referencia a oposición; luego, no es de suyo que lo “diferente” siempre sea “antagónico”] que, en la medida de su autoridad, pretenden imponerse al reconocimiento y, mediante eso, realizarse, tiene por objeto el monopolio del poder de imponer el principio universalmente reconocido [más propiamente con pretensiones de reconocimiento universal] del conocimiento del mundo social, el *nomos* como principio universal de visión y división (*nemo* significa separar, dividir, distribuir), principio pues de *distribución* legítima. En esa lucha, el poder judicial, a través de veredictos acompañados de sanciones que pueden consistir en actos de coacción física como la privación de la vida, de la libertad o de la propiedad, manifiesta este punto de vista, que trasciende las perspectivas particulares, como es la visión soberana del Estado, detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima” (2001: 200-201 –las cursivas son del original).

“el veredicto del juez, que pone fin a los conflictos o negociaciones a propósito de cosas o personas proclamando públicamente lo que son realmente, en última instancia, pertenece a la categoría *de actos de nominación o de institución* y representa la forma por excelencia de la palabra autorizada, palabra pública, oficial, que se enuncia en nombre de todos y en presencia de todos” (Bourdieu, 2001: 201 –las cursivas son del original).

En esa puesta en escena, aunque todo parece cambiar, hay algo que permanece inmutable (*función dogmática*): es el lugar de la autoridad que, sin embargo, se puede desplazar, pues esta se instituye en el lugar donde *se pronuncia*, o, como dice Bourdieu,

“[el] derecho consagra el orden establecido consagrando una visión de ese orden que es una visión del Estado, garantizada por el Estado” (2001: 201).

Visto lo anterior no podemos menos que intentar elucidar, momento a momento, cual es el lugar donde funciona el principio de autoridad. Y es lo cierto que en tiempos de la globalización y de la implantación de las estrategias neoliberales, funciona privilegiadamente en el lugar de las burocracias privadas.

“Es por ello que inevitablemente hay religiosidad, y aun los centralismos oficialmente ateos (esos centralismos constituidos enfrentando al centralismo cristiano y contra la divinidad cristiana) están obligados a pasar por allí: por todo un teatro sobre el Saber absoluto de un gran Otro irreal en el que nosotros creemos porque estamos remachados a la condición humana y ésta supone, ante todo, una entrada imaginaria en la vida” (Legendre *et. al.*, 1982: 48).

En conclusión,

“[decir], como tanto se dice hoy, que desde el Renacimiento nuestras sociedades “occidentales” se han desacralizado no pasa de ser un lugar común que por lo demás comprende un verdadero error. Una sociedad sacralizada es la que se funda sobre un valor absoluto, externo y superior a la voluntad de todos los individuos que la constituyen. Y así encontramos a las ciudades griegas y desde ellas a la sociedad romana en las cuales el culto público constituye y expresa como finalidad social la de respeto al orden divino. Cuando decae el Imperio romano es la Iglesia la que hereda tal función. Es significativo que el título de *pontifex maximus* (soberano pontífice) pasa del emperador al Papa. Durante más de un milenio, es decir, desde el emperador Constantino hasta el Renacimiento, nuestras sociedades occidentales tenían como fundamento la certeza de que existía un orden querido por Dios, de donde se concluía que todas las virtudes, bien personales, bien colectivas, se deducían de una exigencia capital: conformarse con este plan divino. // Después del Renacimiento,

debido al desarrollo del comercio y tras él al de la industria, todos los aspectos de la vida humana, el económico, el político, el intelectual e incluso el moral, consiguieron su autonomía respecto a la anterior visión del mundo. Es decir, nuestra sociedad se secularizó y la religión vino como a reducirse al nivel de “asunto privado”. Pero no por ello quedó del todo desacralizada porque permaneció sometida a un fin absoluto exterior y superior a la voluntad de los individuos que la componían, aunque tal fin no tuviera un sentido religioso, el éxito de las empresas (tanto individuales como colectivas) aparece como un fin que se cierra sobre sí mismo” (Garaudy, 1973: 64-65 –las cursivas y los entrecorridos son del original).

Todavía un argumento más respecto a esa secularización epidérmica. ¿Hasta qué punto en la discusión sobre el *regicidio* y el *deicidio* (v.g., Camus, 1975) se ha tenido la conciencia de que lo único que se obtenía era esa secularización epidérmica y coyuntural, en tanto que se atacaban los contenidos (materiales) pero se dejaban incuestionadas las formalidades?

En el caso del regicidio, cuando se le corta la cabeza “al ciudadano Luis Capeto”, por más que así se esforzaran en denominarlo los revolucionarios franceses, se le estaba cortando la cabeza a un rey, y eso no pudo ser superado y siempre amenaza con retornar. En el caso del deicidio, declarar la muerte de Dios se hace solo a cuenta de que esté un Otro, igualmente metafísico, sea la Razón, sea la Nación, etc., dispuesto a asumir su lugar (Bourdieu, 1999: 152 ss.).

Por el contrario, lo que se ha venido a entender en el *pensamiento de liberación*, es que sólo en la medida que los *sujetos de la dominación* (en el sentido de sometidos a la dominación) asuman el compromiso moral de la *conversión* de sus dominadores (P. Freire, E. Dussel), y éstos dejen su posición como tales dominadores (no se entiende que sea un asunto de voluntarismo, ni de buena fe), al punto que no quede nadie dispuesto a asumir su lugar (la corona o el trono celestial),⁵⁵ es que podremos tener un *re-conocimiento* de sujetos, como hermanos y hermanas, y así dejar despejada la vía para establecer un pacto democrático activo.

⁵⁵ Al respecto, desconozco si se ha reflexionado sobre el hecho de la “confesión de humanidad” del emperador japonés Hiroito, pero eso demuestra que sólo en tanto que el dios deje su lugar (por supuesto, en ese caso llevado a ello después de los terribles acontecimientos de la segunda guerra mundial) y lo clausure como un lugar imposible, no habría quien ocupe su lugar; aunque siempre existirá la tentación-tendencia a construir nuevos *beceros de oro*. Por eso hablamos de *conversión*, pues no es un acto de magnanimidad *de lo alto*, sino un reclamo que se eleva desde *lo bajo* y no puede ser acallado sino hasta llegar a su (auto)reconocimiento, el (auto)re-conocimiento de la común dignidad de todos los seres.

IV. Notas a tener en cuenta para una *reconstrucción genealógica del derecho moderno*

Cuando el pensamiento sobre derechos humanos se empieza a desplegar por primera vez⁵⁶ (siglos XVII-XVIII), una de las formas más avanzadas y consolidadas de pensar *lo social*⁵⁷ era la Jurisprudencia. En el *período clásico* (mediados del siglo XVII-XVIII, según la periodización de Foucault, 1996), el *principio de causalidad* había adquirido su hegemonía como la clave explicativa-cognoscitiva sobre la que se basaría todo el desarrollo del nuevo saber científico. Asimismo, de entre los saberes tradicionales que todavía superaban el vendaval de la “nueva ciencia”, estaban la Jurisprudencia (que más tarde, según Kelsen, adoptará el *principio de imputación*), la Teología (que después de las críticas del Humanismo había quedado evadida a las esferas de lo trascendente) y la Filosofía (que por metafísica era un terreno demasiado escabroso y comprometido como para ser transitado). Por eso, la cuestión de derechos humanos (como ese núcleo axiológico) fue pensada bajo la *formalidad jurídica*, que a esa altura de los tiempos ya estaba encausada en las derivas normativista y legislativista. Asimismo, la historia natural, la gramática y el estudio de la riqueza recién iniciaban su camino de formación y transformación en el paradigma científico sobre la vida, el lenguaje y la economía, que era todo lo que se podía predicar del hombre y el mundo secularizados.⁵⁸

Por otra parte, la Jurisprudencia (recordemos que era de carácter doctrinal y jurisprudencial en sentido propio), desde el siglo XVIII empezó a orientar sus desarrollos sobre los *derechos naturales* conforme a la teoría de los *derechos subjetivos*, como exigencia de la burguesía que necesitaba constituir su estatuto jurídico-político (Tigar & Levy, 1978). Asimismo, se hacía eco de las transformaciones que se estaban dando en todos los campos, entre las que podemos mencionar someramente:

- 1) La emergencia del *principio de causalidad* como forma de explicar la naturaleza y romper la cosmovisión animista.

⁵⁶ En cuanto núcleo axiológico que atiende a la producción, reproducción y desarrollo de la vida (humana y no humana), desde una perspectiva intercultural vemos que puede ser rastreado y reconstruido en distintas tradiciones socio-culturales. En ese sentido lo de “por primera vez” se refiere al hecho de una reflexión según la formalidad propiamente jurídica, que eso sí es producto de la Ilustración occidental.

⁵⁷ Téngase en cuenta que cuando se dice “social” en ese contexto no es lo mismo que “social” en el pensamiento contemporáneo de finales del siglo XIX y el XX.

⁵⁸ Sobre el proceso de formación de las ciencias “sobre el hombre y el mundo”, véase *Las palabras y las cosas*, de Michel Foucault, 1996, así como, en general, la exquisita *Historia de las ciencias* de Michel Serres *et al.*, 1991 o, desde el materialismo, la ya clásica obra de John Bernal, 1981, *Surgimiento y carácter de la ciencia*. Además, sobre el proceso de construcción de la interdisciplina, véase González Casanova, 2004.

- 2) La disolución del vínculo societal ontológico (recuérdese el *zoom politikon* aristotélico) mediante la consolidación del *principio de individuación* y la consecuente emergencia del individuo racional y autónomo.
- 3) La imposición del *principio de razón* como principio ordenador. En este sentido sustituye a Dios, pero, por lo mismo, opera como puente entre *tradio* y *novum*. De esta forma persiste la antigua alianza aún cuando enuncia que ya no hay alianza en un mundo secularizado (Monod, 1971); se ordena el caos y controla la naturaleza, dándole autonomía al sujeto el cual, en definitiva, es un *sujeto trascendental* (Bourdieu, 1999: 152) que, no por casualidad, ya que estamos en tiempos de la recomposición moderna del patriarcado, se parece a los *hombres* (varones, blancos, propietarios).
- 4) Con la organización y centralización de las funciones sociales en el Estado, se opera la escisión entre los ámbitos de lo *público* y lo *privado*.
- 5) El derecho moderno también pretendía subordinar el poder (estatal) al derecho (teoría de los controles: *pesos y contrapesos*, etc.). Sin embargo, terminó prevaleciendo la tendencia que, contrariamente, subordinó y redujo el derecho al poder estatal, convirtiéndolo en derecho del Estado (Santos, 2003: 170-172).⁵⁹ Esa reducción del *derecho moderno* a *derecho del Estado* si bien da lugar al *Estado de derecho*, a la vez genera al interior de la reflexión jurídica una serie de obstáculos epistemológicos (esa misma reducción –como se verá– es de suyo un obstáculo), que son los que intento elucidar aquí.

Todo esto es para decir que *pensar derechos humanos* en aquél momento no podía hacerse más que con los *paradigmas* al uso: los de la Jurisprudencia y en particular desde la doctrina de los derechos subjetivos. Por ahí es que *los derechos humanos* se empiezan a pensar exclusivamente como derechos de los particulares, de los ciudadanos (burgueses), es decir, como derechos individuales.

Corolario: Visto el cauce tomado, que esto haya sido así, que la razón jurídica sólo pudiera imaginar derechos humanos exclusivamente como derechos individuales, resulta comprensible; mas ello no supone que fuera ni que sea necesario. En todo caso, desde otro lugar, desde otra articulación sociohistórica, el resultado podría ser diferente. Aún más, el solo hecho que exista esa posibilidad es lo que en esta “crisis de la razón jurídica”, en este “cambio paradigmático”, no nos permite abdicar fácilmente ni abando-

⁵⁹ Esa pugna entre *poder* y *derecho*, que se revelará finalmente en el carácter de la legalidad del *centralismo estatal*, -insisto- no será únicamente una cuestión que pueda ser analizada como suponiendo la autonomía (social) del derecho, sino que debe ser vista en el contexto de las condiciones de producción y reproducción sociales (capitalismo), que impone una racionalidad funcional a su proyecto de hegemonía (la racionalidad instrumental que está en la base del positivismo científico-filosófico).

narnos a *la muerte de todo deseo de vida* (Ibáñez, 1986: 47), sino que nos obliga a seguir pugnando, proponiendo, imaginando, luchando, abriendo posibilidades...

§ 4. Actualmente el garantismo (v.g., Ferrajoli, 1995) pretende “realizar” la propuesta ilustrada e intenta someter, en un proceso de doble subordinación, el Estado de derecho al derecho (vía constitucionalismo y derechos fundamentales), de forma que los poderes públicos queden sujetos al derecho y se instaure un *derecho al derecho*; para estos efectos se propone una serie de correctivos (ejemplo, el “principio de estricta legalidad”). Con este aspecto *propositivo* del garantismo estoy plenamente de acuerdo. No obstante, hay una falencia en el tanto que parece que no se asume, sino marginalmente (mediante la denuncia de la “ilegitimidad del poder” que suponen las “lagunas” y las “antinomias”), la autopolemica (como auto-crítica, re-visión permanente, interpelación). Por consiguiente, los excesos y errores cometidos en virtud del “principio paleopositivista de mera legalidad” se entienden como una desviación del proyecto ilustrado, y no se asume ni visibiliza que cualquier principio, criterio, norma, institución, etc., por bueno que sea (incluida esta prometedora propuesta del garantismo, habida cuenta de la presencia de elementos utópicos en su teorización), en tanto instalado en una *lógica de dominación*, inevitablemente operará como un dispositivo de esta. Lo anterior parece oportuno advertirlo, para prevenir contra la idea de la neutralidad de las *herramientas* teóricas

Si esto es así, los obstáculos que intento *localizar*⁶⁰ (o, más bien, describir, pues ya se ha señalado el *locus* que ocupan) aparecen en el *Estado de derecho*; por eso este es el lugar donde debemos *radicar* la crítica. Pero esta crítica no es una *crítica ciega* que pretende deshacerse del Estado de derecho sobre la base de sus errores, sino que es una crítica sobre la base de que la conformación actual es producto de la convergencia de una serie de *líneas* diferentes y autónomas. Una convergencia que *no* es necesaria (no responde a ninguna necesidad o ley histórica), aunque una vez entrecruzadas esas líneas, sus dinámicas de desarrollo sí tienen unas *derivas* inevitables.

Asimismo, no podemos suponer que tales desarrollos o derivas se deban a una suerte de programas traicionados o inconclusos, ni siquiera la posición ingenua, pero hasta cierto punto maniquea, de pensar que los errores se deben únicamente a la prevalencia *absoluta* de unas líneas sobre las otras, pues eso sería una doble invisibilización, particularmente en lo que concierne a las líneas (más) emancipadoras: suponer que su

⁶⁰ En ese sentido, los bloqueos u obstáculos que intento elucidar aquí son los obstáculos de la reflexión jurídica en general (ya sea teórica, filosófica, científica o pragmática). Y como he dicho, tales obstáculos son, a mi parecer, el resultado de la convergencia entre el proceso de la modernidad y la imposición del modo de producción capitalista, una de cuyas escenas ha sido representada por la ciencia positivista, guiada por el ideal del control de la naturaleza y la ingeniería social, y su impronta en el derecho moderno (Santos, 2003).

subordinación u ocultamiento ha sido correlativo con una incapacidad innata para sobreponerse a las otras.⁶¹ Lo que no podemos negar es que lo que tenemos hoy es, al fin, resultado de la convergencia de esa multiplicidad de líneas.

Por consiguiente, la crítica que propongo se hace cargo tanto del carácter *impuro*⁶² de la realidad, cuanto de esa *tensión* entre azar y necesidad⁶³, superando el determinismo de los hechos dados, los efectos necesarios, etc. Por eso, la crítica (autopolemica, revisión) que propongo pasa por esa *historización*⁶⁴ y *contextualización* de las formas jurídicas (normas, instituciones, valores, etc.) actuales, en un esfuerzo que también lleva a develar su *genealogía* (Bourdieu, 1999: 153), pues estoy convencido que en el *anudamiento* de las diversas líneas convocadas en este proceso (*Esquema I*), nos topamos con el espurio mito de su *origen natural* (necesario), consecuentemente, de la naturalización de todas sus producciones, que es lo que vengo a criticar aquí.

§ 5. Para *superar* el mito no debemos seguir el camino de una secularización epidérmica que, en el intento de vaciarlo de contenido, dejó casi intacta su forma. Tampoco nos sirve la estrategia consistente en desplazarlo del lugar que ocupa, pues sabemos que siempre habrá un Otro que pretenda ocupar su lugar, o aquella otra que pretenda invisibilizarlo o reprimirlo, pues también sabemos (lección del psicoanálisis) que todo lo reprimido tiende a volver. ¿Qué hacer? Es necesario, entonces, reinventar, volver a imaginar todo el campo y las reglas del juego lo cual comprende, entre otras cosas:

⁶¹ En otro registro, por ejemplo, hay una tendencia a sostener cínicamente que la dominación ejercida durante los procesos de colonización se justificaba por la propia debilidad de los pueblos colonizados (no por casualidad son los mismos pueblos del hoy llamado Tercer Mundo). En fin, que la superioridad tecnológica (la fuerza, *los instintos* apuntaría cierto Nietzsche) de los colonizadores no podía refrenarse, so pena de ir contra su propia naturaleza. Este discurso aparece ya en Locke (según la lectura de Franz J. Hinkelammert, 2003), y es el mismo tipo de discurso que se propala hoy día para justificar la guerra económica, el triunfo de unas empresas sobre otras; en fin, el discurso de la eficiencia.

⁶² Sobre una metodología *relacional e impura*, véase la propuesta de Joaquín Herrera Flores, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos” en Herrera Flores, Joaquín, ed., 2000; Joaquín Herrera Flores & Rafael Rodríguez Prieto, 2000.

⁶³ Sobre la disputa entre *azar y necesidad* véase el ya clásico texto de Jacques Monod, 1971: *El azar y la necesidad. Ensayo sobre la Filosofía natural de la Biología moderna*, y en la perspectiva de la realidad histórica, el también citado de Ellacuría, 1990: *Filosofía de la realidad histórica*, principalmente pp. 126-141.

⁶⁴ “La ciencia social, que está condenada a la ruptura crítica con las evidencias primeras, no dispone de mejor arma para llevar a cabo esta ruptura que la historización que permite neutralizar, en el orden de la teoría, por lo menos, los efectos de la naturalización y, en particular, la amnesia de la génesis individual y colectiva de un dato que se presenta con todas las apariencias de la naturaleza y exige ser aceptado sin discusiones, *taken for granted*” (Bourdieu, 1999: 239 –las cursivas son del original).

- 1) Aceptar y potenciar la *pluralidad de voces*: tomando por caso el orden del saber, dejemos que hablen las ciencias, el mito, el sentido religioso, la sabiduría popular, etc., todas ellas son válidas en *su terreno* (siempre que no intenten suplantar o escamotear a las otras) y todas tienen algo que decirnos sobre la *pluri-versión* de la realidad.
- 2) Denunciar todo intento de suplantación de unas voces por otras y su falta de integridad, pues eso sólo nos lleva a resultados espurios: ciencia que naturaliza la historia so pretexto de investigación objetiv(ist)a; mitos que terminan en fantasía y producen horrores; religiones que rompen vínculos y son vías de fuga; sabiduría complaciente que termina en adocenamiento, etc.
- 3) *Radica(liza)r* todas las voces y las palabras que pronuncian: es asumir la contingencia no como condena sobre esta tierra, sino como condición *pobre* que nos abre a todas las posibilidades. Este es el reto por historizar, que es también humanizar, todas esas humanas creaciones, de forma que no se vuelvan “potencialmente absolutas” (Santos, 2003) y que, reprimiendo lo que tienen de humano, terminen por oprimir a los humanos y las humanas de esta tierra.

De esta manera, si superamos el mito espurio del origen natural (o la “amnesia del génesis” como diría Bourdieu, 1999: 126) de todas las *secuencias* que la modernidad capitalista impone, particularmente respecto del derecho moderno y su deriva hacia el *rigorismo legalista* (como se verá más adelante), podremos entender que:

- modernidad no supone capitalismo, ni ciencia se reduce a positivismo;
- ni siquiera que el positivismo jurídico que nació siendo *histórico* (contingente) derive *objetivista* y *neutral*;
- diferencia no supone desigualdad, lo mismo que igualdad y libertad no tienen por que ser contradictorios;
- la emancipación no es enemiga de la institucionalización, sino que la primera necesita la segunda como un medio, siempre que la someta a sus criterios de producción, reproducción y desarrollo de la vida (humana y no humana);
- la regulación no supone necesariamente “la muerte de todo deseo de vida” (Ibáñez, 1986: 47), sino que puede ponerse al servicio de esta;
- el dualismo no es necesariamente animismo, aunque el *oposicionalismo* termina por ser una mistificación de *lo uno*;
- complejidad no es caos, ni simplicidad o reducción de la complejidad es orden racional.

De igual forma, la intuición de que la historia del derecho y su ciencia describe (está afectada a) la tensión entre igualdad – libertad, emancipación – regulación, etc., resulta tanto más sugerente cuanto útil, pero solo a cuenta de que rompamos con la secuencia

de una lógica esencialista y oposicional, que hace de todo *dualismo* una *oposición* irreductible, y por el abismo de la irreductibilidad (es el vacío de la descontextualización) termina por *absolutizar* cada brazo de esa tensión, especie de *relación paradójica*. Pero si se rompe con esa lógica, se hace evidente que las concreciones históricas (sociales, políticas, culturales, económicas, etc.) –y el derecho moderno es una de ellas– se alimentan de ambos extremos.⁶⁵ No obstante, en algunos casos puede haber prevalencia de uno sobre otro, así como de una línea sobre otras, equilibrio siempre frágil que no solo es igualmente contingente, sino figurativamente *pendular*, por eso el esfuerzo por la autocrítica, la autopolemica, es por restablecer la tensión, nunca eliminarla, sino servir de advertencia sobre las tendencias absolutistas de una *contingencia descontextualizada*.

Por esta razón, en el siguiente *Esquema (I)*, intento ofrecer un esbozo de la forma como se articularon algunas de las diversas líneas⁶⁶ que juegan en todo este proceso: *derecho, ciencia, modernidad, capitalismo, burguesía*, antes de señalar los que considero (algunos) obstáculos epistemológicos del pensamiento jurídico moderno.

V. Otro interludio sobre el *principio de secularización*

La modernidad (occidental) desató dos procesos complementarios: el proceso de *secularización* de la realidad y el proceso de *democratización* de la sociedad. Cada uno de esos procesos tiene su particular principio, respectivamente: el *principio de secularización*⁶⁷ y el *principio democrático*,⁶⁸ este último reconoce (comprende, corrige y amplía) el *principio de igualdad*. Ambos procesos, de una u otra forma, a lo largo de estos últimos siglos (XIX-XX), se han visto subordinados, mistificados, traicionados e invertidos. En términos generales,

⁶⁵ “El derecho no crece por compulsión silogística; es impulsado por la lógica social de la dominación y la oposición a la dominación, forjado en la interacción entre el cambio y la resistencia al cambio” (Catharine A. MacKinnon, “Crímenes de guerra, crímenes de paz” en Shute & Hurley, eds., 1998: 87).

⁶⁶ Adviértase que no abordo líneas como la recomposición del *patriarcado*, el *etnocentrismo*, el *adultocentrismo*, entre otras, porque su inclusión excedería las pretensiones de este trabajo. No obstante, dejo clara constancia de que estas son líneas que deben ser elucidadas, en sí mismas y en sus imbricaciones con las otras, para dar cuenta de una mejor y más completa forma de la configuración sociohistórica en la que estamos inscritos.

⁶⁷ Sobre la relevancia de este *principio de secularización* en el derecho, entre otros, véanse Orestano, 1997: 246; Ferrajoli, 1995: 218 ss.; De Carvalho, 2001 y del mismo Salo de Carvalho su ensayo “Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito e Garantismo: considerações a partir do princípio da secularização” en De Carvalho & De Carvalho, 2001. Además, véanse los ensayos “Causalidad y retribución” (pp. 194-22) y “Causalidad e imputación” (pp. 221-253), ambos en Kelsen, 1992: *¿Qué es Justicia?*, donde parece que el esfuerzo secularizador de este último queda inconcluso, pues no lo lleva hasta sus últimas consecuencias.

⁶⁸ Sobre el principio democrático y la relación con el principio de igualdad véanse Barcellona, 1996; Capella, 1993.

considero importante volver a discutir el alcance de ambos procesos, pero por ahora sólo miro lo que corresponde a la secularización moderna, toda vez que no parece haber logrado el objetivo de *desacralizar* la realidad histórica (Garaudy, 1973: 63-65).

Esquema I

EL DERECHO EN LA FORMACIÓN SOCIO-CULTURAL DE LA MODERNIDAD (OCCIDENTAL) CAPITALISTA

A

Factores en escena:

- **Derecho:** La tradición románico-germánica (Corpus Iuris) y canonista.
- **Ciencia:** La epistemología positivista (orden, medida, previsionabilidad, progreso infinito, etc.).
- **Modernidad (occidental):** Las líneas de (a) la secularización y el racionalismo (laico) y (b) los procesos de democratización sobre la base del principio de igualdad.
- **Capitalismo:** El modo de producción y reproducción sociales (sobre la base de la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos (fondo burgués) desarrolla un proceso de reificación de las cosas que las transforma en productos producibles/consumibles –fetichismo de la mercancía).
- **Occidente:**
 - etnocentrismo → noratlántico
 - patriarcalismo → desigualdad y tutela

B

Los momentos de una saga:

Derecho moderno... se dice de muchas maneras

Momento I: De la estatalidad del derecho ® a la sacralización del Estado de derecho

β

Momento II: del Estado gendarme ® al Estado de Bienestar

β

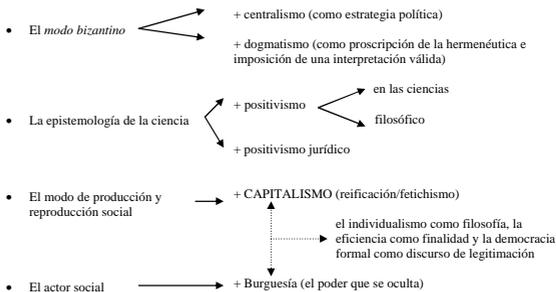
Momento III: en contextos de globalización, la crisis...

- ® Desmontaje del Estado de Bienestar.
- ® Reasignación al Estado de las funciones de seguridad y vigilancia en el cumplimiento de los contratos.
- ® Pluralismo jurídico:
 - por la vía de las “normatividades” de las burocracias privadas (empresas transnacionales, organismos financieros internacionales, etc.)
 - por la vía de la emergencia de formas alternativas (movimientos sociales; ecologismo; feminismo; etc.)
 - por la vía del reconocimiento de especificidades étnicas y culturales

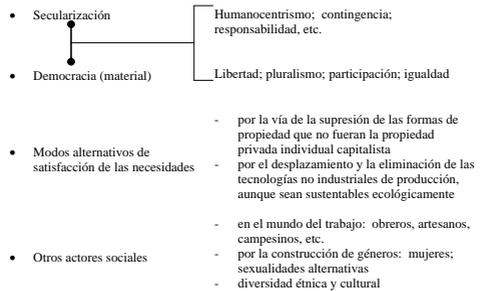
C

Como en el plano de una gran ciudad, hay líneas que se entrecruzan, unas dominan el horizonte de visión y otras quedan subordinadas...

Líneas dominantes



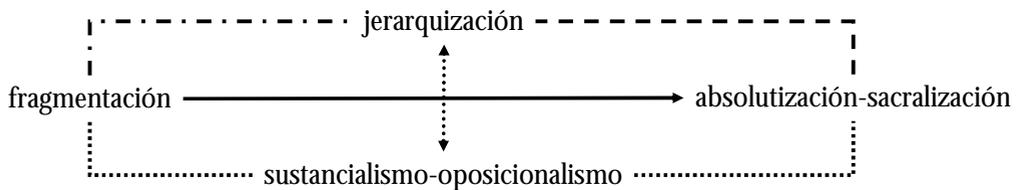
Líneas subordinadas



En retrospectiva, podemos asumir que el Iluminismo fue uno de los momentos culminantes del proceso de secularización.⁶⁹ Mas lo cierto es que ese movimiento se da en un contexto altamente hegemonizado por las estructuras del poder religioso, lo cual es un elemento que explica por qué el punto de mira estaba centrado en ellas y, una vez socavadas éstas, o al menos su relegación (nominal) al espacio de lo privado y el control de las conciencias (separación Iglesia – Estado), se dio por supuesto que el proceso estaba cumplido o casi cumplido. Mas de lo que no se preocuparon era por afectar la estructura interna de un *modo* de percibir la realidad como dominada por principios absolutos (este es el mismo defecto del relativismo cultural); es decir, la secularización del Iluminismo atacó la materialidad de una configuración socio cultural (se eliminan los símbolos religiosos del poder terrenal de las iglesias), pero dejó intacta su formalidad. Formalidad que, tarde o temprano sería *llenada*, ocupada, hipostaziada, y, lo que es más, todo indica que eso no se dio sino hasta que estuviera listo el relevo para “reemplazar al Dios creador de las «verdades y los valores eternos» por el Sujeto creador” (Bourdieu, 1999: 152).⁷⁰

Por eso, que la secularización moderna no haya logrado desacralizar la realidad es un hecho toda vez que, sea por la vía de la dominación burguesa capitalista, o sea por la vía de la ideología positivista en las ciencias, la configuración socio cultural que llamamos modernidad occidental capitalista se articula siguiendo una dinámica marcada por una *secuencia* que va de la fragmentación a la absolutización y sacralización de la realidad (*Esquema II*).

Esquema II



⁶⁹ Se descarta la tesis de que sólo este movimiento se arroge toda la obra de la secularización, pues antes y después también podemos encontrar muestras de esfuerzos en ese sentido, y no sólo en la tradición cristiana occidental, sino en otros márgenes de experiencias culturales diferentes (v.g., algunas corrientes del movimiento sufi al interior del Islam).

⁷⁰ En este sentido es ilustrativa la saga de la Diosa Razón, en la secuela del positivismo comtiano y cierto cientificismo. También, la “parábola” que Pérez Galdós, en *Tristana*, llevada a la pantalla por el anticlerical (bastante consecuente, por cierto) Buñuel, describe: el furibundo anticlerical que termina, después de haber accedido a una jugosa herencia, tomando el café y departiendo con sus amigos curas. Entonces, surge la pregunta, ¿es que los clérigos –sin pretender justificarlos– están acechando el olor del dinero, o es que los buenos burgueses, no importa el traje que vistan, siempre los buscan?

La racionalidad instrumental que adopta la lógica capitalista tiende a fragmentar la realidad (producida) y cada fragmento o retículo es asumido como autónomo o subsistente por sí mismo (sustancialismo). A esto se une una axiología binaria oposicional (bueno – malo) que establece tablas de valor conforme a un principio de jerarquización, el cual es también arbitrario, pero se asume como fundante y se sustancializa (aquello sin lo cual la tabla de valor no se sostiene), de modo que a partir de ese principio de jerarquización o valor supremo se pueden ordenar los valores (y antivalores) jerárquicamente, constituyendo un orden. Tal orden plasma en las prácticas específicas de las sociedades que producen y adoptan tales valores, con lo cual hay un efecto de reafirmación de ese orden de prácticas (y sus valores) como las mejores, buenas, sagradas... (legitimación), al punto de absolutizarse y sacralizarse.

Evidentemente aquí estamos en un mundo de paradojas (luego, quizá como intuía L. Carroll, con la saga de Alicia, la forma de entender nuestra realidad sea la de una *visión paradójica*). Una de las cuestiones más notorias del análisis científico,⁷¹ pero también de todo lo tocado por la racionalidad instrumental consagrada por el capitalismo (Santos, 2003: 158), es este carácter *fragmentario*. Pero no nos debemos dejar confundir suponiendo que el fragmento da lugar a una visión pluralista, pues el fragmento existe solo a condición de serlo de lo *uno* (de ahí las dificultades de aceptar cualquier tipo de pluralismo). Lo contrario, lo *plural*, no es fragmentario, sino multiplicidad de *unos* y *otros*, consistentes, complementarios, relacionales y respectivos.

Este modo de dominación con su “nostalgia de uno” (Ibáñez, 1986: 58-59 nota 30) proscribire cualquier pluralidad, pero oculta ese hecho en la fragmentación del uno *construido*, y para que la pluralidad no aparezca, la sataniza con el signo del caos y la contradicción, e instala esa maldición en el intersticio de unión-enfrentamiento de los fragmentos, con lo cual asegura su dominio: ¡he aquí la lógica del *oposicionalismo*! De ahí el camino queda libre para proscribir cualquier alternativa y generar la absolutización de lo dado, el fragmento, la empiria, hasta que se asuma como sagrado.⁷²

Los *procesos de sacralización*, entonces, pasan por una diferenciación fragmentadora (o una fragmentación diferenciadora) de la realidad (sacro – profano), siempre en correspondencia con un conocimiento empírico básico (Bachelard, 1972: 27 ss.) que ve en el mundo dualidades, pares (en la era tecnológica, se leerán como binarios). El pasaje hacia

⁷¹ Obviamente, aún cuando todo análisis es disgregativo, la crítica que formulo está dirigida fundamentalmente al análisis científico que denomino “ingenuo”, del tipo aún anclado en el mito del progreso infinito, la objetividad absoluta y la neutralidad valórica, entre otras características.

⁷² Sagrado es lo separado, que entra en el espacio del *Misterio*, de *lo Absoluto*.

la absolutización está dado por procesos de sustancialización de esos fragmentos⁷³ que se inscriben en una lógica oposicional (el oposicionalismo metafísico: bien – mal; cielo – infierno, etc.). En la medida que los fragmentos están preñados de valor/valoración (sólo así nos percatamos de ellos, en el punto de *no indiferencia*) se los ordena conforme a tablas de valor (por ejemplo, las dualistas o binarias –*jerarquización*) y se los ubica como sacro o profano. Pero en ese momento en que a cada cosa parcial (fragmento) se le otorga sustantividad, la valoración que de ellas hacemos se termina por absolutizar. En esa medida hablamos de valores absolutos que son opuestos (no se trata de los disvalores); por lo demás, ya veremos que la oposición sólo surge en el plano práctico, cuando se disputan las condiciones materiales para su realización.

En el proceso descrito se ha ocultado un *principio de jerarquización* (Capítulo IV) conforme el cual se ordenan los valores y obtienen su lugar en la tabla de valor. Normalmente es el principio de jerarquización, como valor absoluto que se esconde, el que genera toda esta secuencia. Pero en tanto se esconde incurre en una contradicción realizativa: niega la totalidad (de valores, cosas, experiencias...), sin la cual no puede sostenerse, en aras de mantener su posición absoluta. Por eso hay que visibilizarlo, pues si es uno de los mecanismos que nuestra evolución (como animales de realidades que valoramos) dispone, debemos someterlo a cuestionamiento permanente, interpelarlo. Renunciar a esa interpelación es renunciar a nuestra condición histórica, la misma que nos da la posibilidad de infinito; es someternos de nuevo a un orden sacralizado.⁷⁴

La perspectiva que se peca de la *sacralización de la realidad* en este contexto de la modernidad occidental capitalista puede tener muchos *puntos de mira*; en este caso, miro

⁷³ La sustancialización no afecta solo a los conceptos con los que trabajamos, sino también las mismas tablas de valor que adoptamos para evaluar. Además, contra la sustantividad (y sustancialización) del fragmento, cfr. Ellacuría, 1990: 316 ss. Refiriéndose, por ejemplo, a la “realidad y realización de la persona humana”, Ellacuría sostiene que ni la realidad es la mera unión de notas sustanciales, ni las notas constitutivas *por sí* y *en sí* son las que tienen sustantividad. Al contrario, dado que cada nota es *nota de*, es la articulación sistemática de la totalidad de las notas constitutivas lo que constituye la unidad de sustantividad de la realidad. Esto implica que ni lo físico-orgánico *por sí*, ni lo síquico *por sí*, cada uno independiente del otro son o constituyen la realidad. Estos son subsistemas y, como tales, no son fragmentos del sistema, sino el sistema sin articulación. Cada uno de los subsistemas es irreducible al otro, pero el ser *notas de* implica que lo físico-orgánico es del subsistema síquico cuanto las notas síquicas son del subsistema físico-orgánico. Y en la articulación sistemática de su unidad constituyen la realidad humana (sinergia).

⁷⁴ Quizá una diferencia y lo novedoso que se puede notar entre “nuestra” configuración socio cultural (actual) y estadios anteriores de nuestras sociedades u otras configuraciones socio culturales no secularizadas es el carácter y momento de la fragmentación: en la *nuestra* el fragmento impera. En definitiva, un posible reto de la secularización está en cómo elaborar una visión compleja de la totalización de la realidad, sin devenir integrista, siendo una de las vías que tendrá que recorrer la de frenar y enfrentar las tendencias absolutizadoras de las instituciones o mediaciones socio históricas que se generen por su impulso.

esa sacralización cuando, por ejemplo, se acepta un “orden que se impone a espaldas de los sujetos”,⁷⁵ o bien, cuando se admite como necesaria la *despolitización* que supone la “lógica mundial de la economía”. También, si miramos con atención, otro lugar donde puede ser seguida esa secuencia es en el desarrollo mismo de las ciencias, llamadas por la razón para liberar a la humanidad de oscuridades y mitos. Sin embargo, con la ideología positivista, las ciencias terminaron absolutizando su papel y su disposición entre los *saberes*, con sus respectivos discursos y prácticas. Por el contrario, una posición⁷⁶ que busca una forma de resistir esa tendencia es la que considera que la ciencia es *un modo (extraordinario)* de conocer, con características y exigencias específicas (particularmente la adopción del método, la intersubjetividad, etc.) que lo distinguen de otros modos o, más genéricamente, *saberes*, y lo habilitan como el *más competente* para la solución de determinados problemas y la comprensión de algunos aspectos de la realidad. Es importante recalcar que se trata sólo de *uno entre diversos modos de saber*; luego, sólo es útil y preferible en función de los campos en los cuales es competente, mas no en los demás. Esta consideración implica una visión pluralista que, a la vez, no niega el papel de la ciencia ni abdica del esfuerzo por ampliar sus marcos de acción, pero rehuye de cualquier visión absolutista (ciertamente colonizadora) y reduccionista que proscribiera otros saberes (los cuales, a su vez, sólo son *veraces y pertinentes* en sus respectivos campos de competencia), e impone que toda la realidad y formas de comprensión de ésta, en definitiva, que todos los saberes se ajusten a los cánones de la ciencia, cuando aún ni siquiera en el ámbito de las mismas ciencias podemos considerar que hay una *única* forma de hacer ciencia.

§ 6. Dice André Touraine: “Por el contrario, la lógica del capitalismo, es decir, el rechazo efectivo por los dirigentes económicos de todas las formas de control político y social de sus actividades y de sus beneficios, se impone de un modo tan asombroso que por doquier se oye hablar de globalización, que no es más que un sobrenombre del capitalismo, pues quiere decir que ningún poder político, nacional o regional, puede oponerse a la lógica mundial de la economía. Esta despolitización de los problemas de una sociedad e incluso su desocialización, es decir, la explicación de todo por causas externas –no tiene remedio;

⁷⁵ En ese sentido, Franz J. Hinkelammert es de los pocos que se ha detenido en analizar el carácter sacralizado de la economía y la teoría política modernas; véanse del mismo autor I-1990: *Crítica a la razón utópica*; II-1990: *Democracia y totalitarismo*; 1991: *La fe de Abraham y el Edipo occidental*; 1995: *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*; 1996: *El mapa del emperador*; 1998: *El grito del sujeto. Del teatro-mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización*; 2003: *El sujeto y la ley*, así como los artículos en publicaciones colectivas y libros conjuntos que se refieren al final.

⁷⁶ La posición que aquí adopto es deudora de la perspectiva de Michel Foucault, 1996. Asimismo, sobre la crítica al monismo metodológico véase, por ejemplo: Paul K. Feyerabend, “Consuetudines para el especialista” en Lakatos & Musgrave, eds., 1975; I-1982: *Against Method*; II-1982: *La ciencia en una sociedad libre*, o el psicoanálisis del método en George Devereux, 1983: *De la ansiedad al método en las ciencias del comportamiento*.

la hegemonía cultural estadounidense es irreversible y completa— son la causa directa de una degradación del Estado y de todo el sistema político que descansa en una viva conciencia de su impotencia” (2000: “Debilidad de las democracias” en *El País*, Año XXV, 12-11-2000, Edición para Andalucía, p. 21). Esa “viva conciencia de su impotencia” surge frente una evidencia (juicio de hecho) de que no “hay alternativa” a la lógica de los hechos (*Realpolitik*); Touraine queda igualmente perplejo y pretende hacer una crítica ideológica en el sentido clásico, pero esta es imposible cuando lo que se pretende criticar no tiene ninguna *pretensión de razón* (carácter fundante) y, además, es veraz, aunque esta veracidad sea cínica; es decir, con “globalización” y toda la nueva terminología neoliberal no se pretende ocultar nada, sino sólo se señalan hechos, y frente los hechos no cabe crítica ideológica, como bien lo señala F. J. Hinkelammert, lo que queda es confrontarlos con su lógica de destructividad mediante la postulación de un principio que afirme lo que ella niega (la vida). Todo esto tiene una influencia decisiva, por lo demás poco vista, para la pervivencia de los esquematismos antidemocráticos.

Por otra parte, respecto del fenómeno jurídico asumimos no sólo su amplitud y complejidad, sino el hecho de que haya adoptado diversas formas de expresión o realización en los distintos lugares y épocas en que ha tenido lugar. Por consiguiente, diversos han sido los esfuerzos por comprenderlo: desde las máximas de los jurisprudentes y el edicto del período clásico romano; pasando por la glosa o el comentario de los escolásticos sobre la compilación justiniana; o las construcciones metafísicas y sistemáticas de los racionalistas a partir del legado de la *Rezeption*; o el carácter eminentemente jurisprudencial de los magistrados y jurados en ese período en que recién se imponía la centralización jurídica por parte de los estados nacionales y se convivía bajo el signo del los estatutos y la costumbre; o la Exégesis y la Dogmática, heredera esta última de la Pandectística, ambas en *tempus* de la codificación y del derecho legislado.

§ 7. La ciencia jurídica alemana del siglo XIX, como sucesora de la Escuela Histórica de Savigny y de la *Pandektenrech* de Puchta, Windscheid y el primer Ihering, deriva hacia la Dogmática, que es el nombre que le da a su método el mismo Rudolf Ihering (1946; asimismo, sobre este proceso histórico, véase Orestano, 1997, particularmente el capítulo VIII: “Algunas novedades del pensamiento jurídico continental del ochocientos”, pp. 243-314). Es de anotar que la mayoría de los juristas en los sistemas de tradición romano-germánica adoptarán ese método en combinación (no sin polémica) con el clásico de la Exégesis francesa. Para resumir en que consiste esta Dogmática, tomo prestadas las palabras de Walter Antillón, quien dice:

“Se llama Dogmática Jurídica a la disciplina teórica que pone las condiciones para la elaboración de los conceptos descriptivos de un determinado sector del ordenamiento

jurídico positivo (civil, penal, administrativo, etc.), partiendo del análisis de las normas de dicho sector como si tales normas fueran valores indiscutibles (dogmas). Así las cosas, el jurista dogmático no puede (si no quiere dejar de serlo) cuestionar la existencia y validez de la norma analizada: no tiene otro camino que aceptarla y usarla dentro del conjunto de las otras normas, y apoyarse en ella para elaborar sus conceptos y clasificaciones. Podríamos decir que el jurista dogmático separa y aleja de su pensamiento toda cuestión relacionada con la justicia, la necesidad, la oportunidad de la norma desde el punto de vista de los valores, las necesidades, etc., del hombre actual, y se concentra en su sentido y función dentro del sistema normativo en que opera. Para él, la norma que analiza y el ordenamiento al que esa norma pertenece son postulados indiscutibles: datos de los cuales partir. En consecuencia, las proposiciones dogmáticas son tautológicas, como las gramaticales y las matemáticas. Son descripciones de un sistema cerrado que, en este caso, sería el sistema de las normas y los principios jurídicos (...)/ Ahora bien, el análisis dogmático de determinadas normas permite al jurista ordenarlas y jerarquizarlas en un sistema estructurado de conceptos, de manera de descubrir los principios sobre los cuales dicho sistema se apoya. Tales principios son también dogmáticos, puesto que son inducidos de los dogmas primarios o elementales” (Antillón, 2001: 30-31 –el subrayado es del original; en un sentido similar Antonio Hernández Gil, 1981: 90).

Hay otro sentido de la idea de “dogmática” y es el que elabora Pierre Legendre (“Los Amos de la Ley. Estudio sobre la función dogmática en el régimen industrial” en Mari *et al.*, 1994: 137) en referencia a ese *talante de sumisión* que en la tradición jurídica canónica (que corre paralela e imbricada con la tradición civilista del *Corpus iuris*, en términos de Orestano, 1997) se otorga a las palabras de la ley como re-conocimiento del lugar de la autoridad incuestionada e incuestionable, intangible, sagrada y absoluta. Ciertamente, el sentido técnico-jurídico que tiene la Ciencia Dogmática, según se apuntó anteriormente, participa y es un momento más en la conformación de este otro sentido sicoanalítico-cultural.

De modo que si en el *tiempo* del derecho legislado cobra preeminencia la *Dogmática*, como la forma científica de comprender el fenómeno jurídico, esto responde a condiciones y exigencias propias en este período. Pero, de esto no se deriva que necesariamente *sólo* la comprensión dogmática del fenómeno jurídico sea competente, ni siquiera que sea la única deseable, ni siquiera que todo el conocimiento jurídico *acumulado* o el que pueda producirse en adelante deba adecuarse al modo de esa ciencia o perecer.⁷⁷

⁷⁷ En ese sentido, realmente lamentable ha sido, por ejemplo, el papel de una Filosofía del Derecho reducida a analizar el lenguaje de la Ciencia del Derecho, para legitimarse y pervivir, pues no otra sino esa era la única posibilidad que le dejaban, por ejemplo, las doctrinas analíticas vinculadas al Círculo de Viena.

Por consiguiente y para lo que nos interesa aquí, supuesto que la imaginación jurídica actual no acaba de dar una respuesta satisfactoria a la cuestión de derechos humanos (por ejemplo, en sus esquemas no hay lugar para problemas como los de la resistencia, o la objeción e interpelación de la ley aún en margen de juridicidad, o la obligatoriedad de derechos que erosionan unos determinados marcos de articular las relaciones de producción pero satisfacen necesidades reales, etc.), y que la misma Filosofía del Derecho (pero también *todas* las disciplinas jurídicas) debe *re-pensar* el fenómeno jurídico sin miedo a ser sancionada o invalidada por explorar nuevas rutas; entonces, el afán científico debe ser mucho más cauto que antaño y debe ser *respectivizado* (Ellacuría) en función de las exigencias de derechos humanos, no a la inversa como ha sido hasta ahora.

Pasaje: Llegados a este punto, expuestas las bases sobre las que intento laborar (historización y contextualización), puedo intentar elucidar algunos de los obstáculos epistemológicos que, según considero, atrofian la imaginación jurídica y pesan sobre ella como lastre que le impide avanzar en este tiempo de crisis.

CAPÍTULO SEGUNDO

BALANCE (PRELIMINAR) DE LA IMAGINACIÓN JURÍDICA

Donde se detectan, en el proceso de elaboración de sus *constructos* teóricos, pero también en su *praxis* efectiva, algunos obstáculos epistemológicos que lastran la imaginación jurídica

“El conocimiento jurídico debe mantenerse fiel a sus exigencias constitutivas, que –lo hemos dicho muchas veces, y lo repetimos– están dirigidas esencialmente a la actuación en la práctica”

Riccardo Orestano

I. De los *obstáculos epistemológicos* en la reflexión jurídica moderna

La reflexión jurídica, en un sentido amplio, trabaja con (opera y construye) conceptos.⁷⁸ El proceso por el cual se llega a tales conceptos pasa por el enfrentamiento del jurista, como sujeto *cognoscente* y *actuante*, a la complejidad de la *realidad concreta*, la cual siempre le supera (*trasciende*). En la medida que su *saber* es (está orientado a) un *hacer*, para poder acceder a ella y operar, dicho proceso está abocado a

“... la incesante creación –por miríadas– de metáforas, de imágenes, de figuras, de estereotipos, de modelos, de categorías, de símbolos, de mitos y otras formas intelectivas que son solamente y siempre el resultado de «representaciones» empíricas basadas en la experiencia” (Orestano, 1997: 427 –el entrecomillado es del original–; en el mismo sentido véase Hinkelammert, I-1990, capítulo 6).

Todas esas «representaciones» pueden ser señaladas como «nociones abstractas» (Orestano, 1997: 426 ss) o, simplemente, conceptos. Hasta aquí, este es un proceso *común* a todos los saberes, particularmente los denominados empíricos.

En el caso de la reflexión jurídica moderna (que no obstante haber apostado por el principio de secularización ha sufrido una especie de *contra-secularización*) se agregan otros factores, situaciones y tendencias, a saber:

⁷⁸ En el *Capítulo III* se vuelve sobre el carácter abstracto y universal de los conceptos y las nociones jurídicas.

- 1) Una tendencia multiseccular a *reificar* los conceptos, al punto de llegar a (pretendidamente) prescindir de la “realidad concreta” determinada y hacer de tales conceptos su objeto exclusivo.⁷⁹
- 2) El concepto objetivado llega a asumir consistencia sustancial (*sustancialismo*), de forma que no sólo se convierte en el *objeto de estudio* sino que, hipostasiándola, se identifica el concepto con la realidad.
- 3) Una tendencia a *reducir la complejidad*⁸⁰ de la realidad, como parte del legado científico-ta y positivista, que no ha hecho más que reforzar ese “prejuicio ontológico” como lo llama Orestano (1997).
- 4) Finalmente, la adopción de una lógica *dualista, clasificadora, oposicional y posicional*.

En el *Capítulo V*, sobre el marco categorial del pensamiento jurídico moderno en relación con la consideración de los valores, y el *Capítulo VI*, en relación a la hermenéutica del principio de legalidad, intentaré mostrar como opera este *dualismo oposicional* y la forma en que subyace en nuestra cultura jurídica.

Por otra parte, en la reflexión jurídica hay una larga tradición deudora de la lógica clásica; así que las peripecias de la lógica jurídica, al menos en lo que a la ciencia jurídica europea continental incumbe, han sido las mismas de la lógica aristotélica, con sus traducciones, reconducciones, etc. De ahí que:

“Ontologismo y lógica clasificadora han procedido de tal modo, con pasos iguales, en una copotenciación mutua, y han acabado por impregnar de sí el desarrollo de la tradición jurídica europea continental, asumiendo también un papel determinante en la formación de la noción de «ciencia del derecho» [... al punto que] la *scientia iuris*, en su conjunto, se ha mantenido fiel a la tradición, de la que, más bien, constituye uno de sus «baluartes»” (Orestano, 1997: 422 –los entrecomillados y las cursivas son del original).

El caso más típico de esta fidelidad es la idea del “silogismo jurídico” –que todavía se enseña en algunas partes– suscrita entre otros por el mismo Cesare Beccaria (1968: *De los Delitos y de las penas*), en el párrafo que dedica a la interpretación de la ley. No obs-

⁷⁹ Sobre la *reificación* de los conceptos véase Orestano, 1997: 424-426; asimismo, sobre el carácter abstracto del concepto de “derecho” frente al carácter real del de “acción”, cfr. Antillón, 2001: 224 ss., quien sigue las tesis de Salvatore Satta y Riccardo Orestano.

⁸⁰ ¿No es acaso esta la pretensión de los lenguajes binarios y de las construcciones sistémicas (autopoiéticas) à la Luhmann? Al respecto, véase Luhmann, Niklas, 1998, y para una crítica de las tesis sistémicas, véase en Barcellona, 1996, el capítulo 4: “Del individualismo propietario al individualismo de masas”, pp. 125-148, y de Jürgen Habermas, I-1990, el trabajo en que este da respuesta a Luhmann.

tante, en el siglo XX, la discusión sobre la lógica jurídica adquirió visos de inconmensurabilidad e irreductibilidad, a veces hasta la extenuación.⁸¹

Asimismo, al hecho de que la lógica clásica sea *bivalente*⁸² (sólo admite dos valores de verdad: *verdadero y falso*), debemos agregar el carácter de *oposicional*, en virtud de lo cual ya no sólo la disyunción (débil de la «y», o fuerte de la «o»), sino también toda diferencia (*hombre-naturaleza, hombre-mujer, naturaleza-cultura, etc.*) es transformada en oposición, absoluta e irreductible. Se trata, pues, de una lógica que activa un dispositivo arcaico (“el temor a ser tocado”, diría Elías Canetti),⁸³ que establece como estructura cognitiva y pragmática básica la relación *amigo-enemigo*. Este *oposicionalismo* se despliega más allá del ámbito veritativo formal y alcanza, axiología mediante, el ámbito de la praxis, de modo que no sólo se tratará de *bien o mal*, en confrontación metafísica interminable, sino que irrumpe y rompe el circuito natural de la vida (*vida o muerte*), con lo cual toda economía de vida se convierte en estrategia de guerra: vida o muerte, guerra económica o la lógica de la eficiencia empresarial, neoliberal, postmoderna.

Finalmente, el profesor de la Universidad de Sevilla, David Sánchez Rubio, me ha llamado la atención respecto al hecho de que esta lógica, además de oposicional es *posicional*, en el sentido de que siendo la lógica clásica de carácter clasificadora, en virtud del principio de tercero excluido, ella dispone los *lugares* o posiciones específicos que ocupan los conceptos, las nociones y los demás elementos implicados en el orden del saber. Aún más, hay implicado (aunque siempre ocultado) un pasaje del *ser* al *deber ser*, en el hecho de que al describir (que para estos efectos es lo mismo que *disponer*) el lugar que ocupa, demos por caso un concepto, siendo que *no puede* ocupar otro simultáneamente, entonces, será ese y sólo ese el lugar que *debe* ocupar.⁸⁴ Esto, por supuesto, tiene graves implicaciones prácticas que intentaré mostrar más adelante.

Todas esas tendencias con sus peculiaridades se han conjugado de diversas maneras y en distintos momentos, y han dado lugar a múltiples –denominémoslos– *reduccionismos*. Una vez que un concepto o noción ha logrado generar una *buena prensa*, una tradición de respetabilidad, se instala en el discurso jurídico con pretensiones de inamovilidad y naturalidad. La ciencia jurídica es experta en crear respetabilidad y los conceptos o

⁸¹ Al respecto véase Perelman, 1988; sobre la necesidad de superar este modelo clásico, también Peña Freire, 1997: 26, sobre todo la nota 6.

⁸² Que la lógica, en la forma que se ha concebido tradicionalmente, sólo admite dos valores de verdad lo atestigua el mismo Wittgenstein cuando en el aforismo 2.21 afirma: “La figura concuerda o no con la realidad; es correcta o incorrecta, verdadera o falsa” (Wittgenstein, 2000: 27).

⁸³ “Nada teme más el hombre que ser tocado por lo desconocido. Desea saber quién es el que le agarra; le quiere reconocer o, al menos, poder clasificar. El hombre elude siempre el contacto con lo extraño. (...) Esta aversión al contacto no nos abandona tampoco cuando nos mezclamos entre la gente” (Canetti, 2000: 9).

⁸⁴ Por aquello que ya advertía el aforismo escolástico de que no se debe lo que no se puede *Ad impossibilia nemo tenetur* (Hinkelammert, I-1990: 23).

nociones por ella elaborados se benefician de esa respetabilidad,⁸⁵ al punto de subyugarla con pretensiones de hipostasiar (toda) la “experiencia jurídica” (Capograssi, 1959).

Al parecer la ciencia jurídica está plagada de estos **reduccionismos, ontologismos** y **absolutizaciones**. Estos son algunos (y solo algunos) de los obstáculos epistemológicos que intento localizar; importa ahora resaltar los que tienen que ver, por un lado, con el formalismo normativista y el legalismo estatalista, y por el otro, con el desgarramiento cuasi-ontológico entre público y privado y el proceso de absolutización que implica la inversión ideológica.

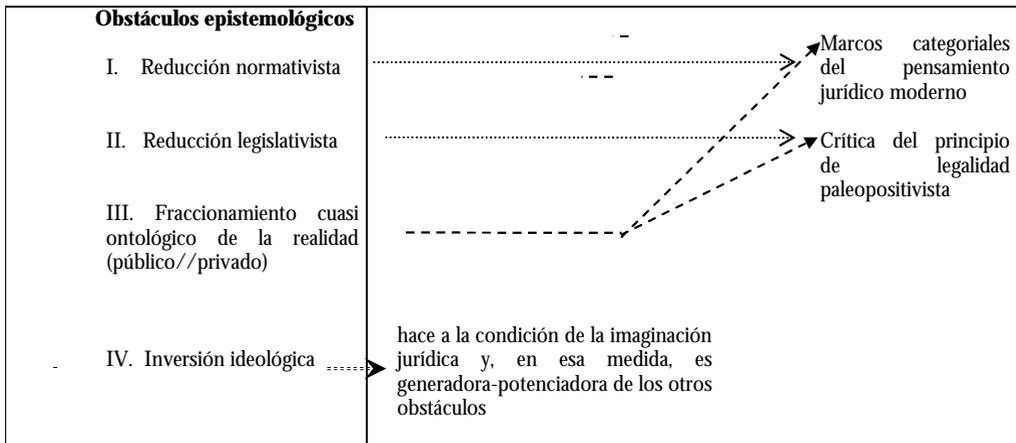
Para estos efectos debo introducir una *guía interesada* o *mapa* para la lectura de cuanto se dice a continuación. En primer lugar, los obstáculos que paso a revisar son – insisto– *sólo algunos* de los que atrofian y son causa de retroceso de la imaginación jurídica. En segundo lugar, cada uno de ellos tiene una complejidad que no pretendo abarcar en su totalidad, sino sólo me interesa evidenciar algunos de sus aspectos relevantes que no podemos obviar; ni siquiera estoy en posición de señalar escolásticamente si son *los más* relevantes, pues ello carece de importancia y, en todo caso, de lo que si estoy seguro es de que todos ellos están emparentados entre sí. Tercero, ese *parentesco* se puede establecer por los siguientes factores: (a) el hecho de que todos ellos los localizamos en el contexto del Estado de derecho (*Esquema I*) y (b) todos están vinculados a la condición de la propia imaginación jurídica moderna, que es la contingencia. Es decir, aparecen todos ellos instalados en la tensión *poder “saber*, que en el campo jurídico tiene implicados como actores principales al Estado y al derecho.⁸⁶ Según esa tensión *poder “saber*, todo poder (Estado) busca un saber (*v.g.*, ideología jurídica) que lo legitime; pero, a la vez, este saber tiene un potencial o carácter preformativo que lo despliega en sus condiciones de enunciación misma, y son las que busca apropiarse el poder. Luego, la *inversión ideológica* es la tentación básica que el poder ejerce sobre el saber, y el saber para poder (*illusio*) se deja fácilmente seducir (Bourdieu, 1999: 126-130).

Siendo esto así, téngase presente el siguiente plan o *mapa cognitivo*, que es una guía para la intelección de este esfuerzo por elucidar esos obstáculos.

⁸⁵ Sin metáforas: tenemos que admitir que son las diversas corrientes doctrinarias o escuelas, adscritas y ostentadas por los juristas concretos, en función de su contexto y los intereses que sirvan en el momento, los que se benefician de esa respetabilidad, por cierto, bastante venida a menos actualmente al parecer por la crisis del derecho.

⁸⁶ Por supuesto que habría que incluir al Mercado, pero restringiré el análisis a los dos actores señalados.

Esquema III



Por motivos estrictamente arbitrarios, trataré más extensamente lo referente a la elucidación de la inversión ideológica (*Capítulos III y IV*), pues todo parece indicar que esa es la lógica que está detrás de los otros obstáculos. Por su parte, la reducción normativista, que en este *Capítulo II* la analizo en su génesis (la adopción de la norma como estructura elemental de la ciencia jurídica), luego la veremos instalada en el marco categorial del pensamiento jurídico moderno (*Capítulo V*), aunque ahí me detendré en el aspecto específicamente axiológico. Lo mismo ocurre con el reduccionismo legislativista, que se instala a la par del principio de legalidad (y como su inversión) que es el vertebrador del derecho moderno, por ende, del ordenamiento jurídico. Así, lo que de seguido apunto será ampliado en algunas de sus derivaciones en el *Capítulo VI*. Finalmente, sobre el fraccionamiento cuasi ontológico de la realidad (público//privado), este viene de la persistencia de atavismos del pensamiento y fortalece los otros obstáculos (además, es el punto de intersección en que la dominación del capital se estrecha con la recomposición del patriarcado), obstruyendo fundamentalmente el paso hacia una formación democrática activa, pues la democracia nunca es fragmento aunque sea plural.

II. La reducción normativista

Con el obstáculo epistemológico que denominamos *reducción normativista* nos enfrentamos a una *reducción científicista*; es decir, se trata de uno de los obstáculos generados a partir de la adopción o imposición de la ideología científicista (el positivismo), sin haber tomado -digámoslo así- las *precauciones* del caso. Volvemos a advertir que no se trata de negar el avance que significó el positivismo jurídico en cuanto a asentar el carácter *convencional*, por ende, histórico del derecho; tampoco se pretende desconocer el valor y rechazar por completo el esfuerzo teórico que supuso llegar a la categoría de norma (y a la de orde-

namiento jurídico) como categoría *elemental* de la Dogmática. La crítica viene, sobre todo, por la tendencia al *reduccionismo* antes que por la adopción de la norma como categoría elemental, pues esta última siguiendo la dinámica de lo primero desemboca en *formalismo normativista* o *normativismo*. Dicho de otra manera, no se trata aquí de una crítica al formalismo (algo así como un *formalismo de partida*) en cuanto concepción iuspositivista del derecho y de la ciencia jurídica, que en virtud del principio de secularización afirma el carácter convencional del derecho y rechaza todo legalismo ético y sustancialismo moral (Ferrajoli, 1995: 219-222). Más bien se trata de un cuestionamiento al vicio de las abstracciones *abstractizantes* que llevan a naturalizar aún las formas convencionales en virtud de su descontextualización y deshistorización. A esto me refiero con formalismo normativista o normativismo, que es una especie de formalismo de llegada o finalista-teleológico.

Llegar a la norma como categoría elemental no fue sólo una exigencia y un avance *interno* de la Ciencia jurídica, sino que, como he apuntado atrás, se inscribe en un contexto histórico preciso en el que confluye con las demandas de la burguesía y el proyecto de hegemonía capitalista. Así, la forma “norma jurídica” como *regularidad* responde, por un lado, a la visión del dominio de la naturaleza por las ciencias que buscaban establecer regularidades, eventos previsible, normatividades y, por otro lado, es respuesta (la misma Dogmática toda) al nuevo ambiente regulador y a las exigencias de certeza y seguridad del capital, de la misma manera que, en su momento (siglos XI y XII), lo fue la adopción del *Corpus iuris*

“con valor de derecho positivo, primario o supletorio, especialmente en materia de relaciones privadas, [cuyos] textos [proporcionaron] apoyo o punto de partida a aplicaciones judiciales, soluciones prácticas e innumerables construcciones doctrinales” (Orestano, 1997: 57),

que procuraban mayor control y seguridad al tráfico comercial en momentos de la acumulación originaria capitalista (Tigar & Levy, 1978).

Así, con la adopción de la norma como estructura elemental del pensamiento jurídico se llega a **(1)** compendiar y sintetizar de forma armónica y bella la pluralidad de tópicos e institutos clásicos («*obligatio*», «*facultas*», etc.), y **(2)** ponerlos en un orden (secuencial) que capta regularidades y posibilita la predicción.⁸⁷ Luego, por una especie de reificación (ilusión trascendental o “prejuicio ontológico” –Orestano, 1997) la norma

⁸⁷ La secuencia «hecho-efecto» se corresponde con la relación «causa-efecto» del principio de causalidad; más tarde Kelsen (1992: 225.252) introducirá una fundamental distinción con el *principio de imputación*, el cual no es equivalente sustancialmente sino sólo lógicamente análogo al de causalidad.

será tomada por *el* objeto (sustancialmente consistente) propio y exclusivo de la ciencia jurídica.

¿Nos debería poner en alerta esta situación, tanto por las similitudes y afinidades⁸⁸ entre las formas de las ciencias (naturales) y el derecho, como por la funcionalidad de ese esquema con el proyecto de dominación hegemónico de la burguesía? Ciertamente no podemos, al estilo del materialismo ortodoxo, suponer que la adopción de la forma “norma jurídica” sea debido *exclusivamente* a los intereses del capital y el nuevo orden de relaciones económico-sociales que establecían los mercados capitalistas, pero indudable y *estrictamente* fue un factor harto relevante, una línea que no puede ser desatendida, pues este *acontecimiento*, utilizando las palabras de Isabelle Stengers:

“... no se inscribe en el cielo de las ideas, sino en un campo histórico concreto donde suscitara tensiones y nuevos intereses implicando a nuevos protagonistas y nuevas relaciones entre ellos, a todos los cuales, (...) les interesa, o les ha interesado [... *su*] *pertinencia*...” (Stengers en Serres, ed., 1991: 283).⁸⁹

No obstante lo apuntado (pero sin perderlo de vista por cuanto es el contexto de cuanto aquí se dice), enfoquemos nuestra mirada sobre el campo científico. Vemos así como el *naturalismo* que está en el origen de los discursos de la *nueva ciencia* y la filosofía (siglos XVII-XVIII)⁹⁰ se traduce en el siglo XIX, en el ámbito de las incipientes ciencias sociales (morales, humanas, etc.), en proyectos de ingeniería y profilaxis social (*v.g.*, A. Comte, J. Bentham). Ese mismo naturalismo plasma en las metáforas, estereotipos, categorías, mitos, etc., que la imaginación jurídica produce. De esta forma tenemos, entre otras expresiones, la idea de “organismo vivo” para referirse al derecho positivo utilizada por los exponentes de la Escuela Histórica, Gustavo Hugo y Savigny (Orestano, 1997: 255); o en los Pandectistas, que seguían el modelo de las entomologías para hacer sus clasificaciones y definiciones (sistemáticas), lo cual más tarde desembocaría en la Dogmática, disciplina capaz de elaborar todo un sistema de elementos simples y compuestos, al

⁸⁸ *Similitudes y afinidades* remiten más a la idea de un plano que describe los cruces de carreteras y de vías férreas, donde vemos que hay vías que se cruzan, otras que paralelas nunca convergen, o entre unas y otras las hay alternativas que se atraviesan; también hay pasos a nivel, otros a desnivel, subterráneos y aéreos; vías que mueren sin continuidad, otras que se prolongan en vías más estrechas o más amplias, algunas que se bifurcan y otras que son la convergencia de diversas vías, etc.

⁸⁹ Esto lo ha dicho la autora refiriéndose a las innovaciones de Galileo respecto a la igualdad de las causas y los efectos con relación al nacimiento de la mecánica racional lo cual -me parece y aunque no pueda desviarme más por ahí- tuvo un impacto decisivo en lo que aquí señalo.

⁹⁰ Efectivamente es difícil establecer una línea de separación entre ciencia y filosofía en el período clásico (siglos XVII-XVIII), pero la situación de los llamados filósofos (*Philosophes*) en la Francia pre-revolucionaria resulta ilustrativa de la amalgama entre ciencia y filosofía en dicho período.

estilo de la propuesta de la nueva química de Lavoisier (contencioso franco-alemán incluido, como lo ha hecho ver Bernardette Bensaude-Vincent, “Lavoisier: una revolución científica, en Serres, ed., 1991: 411-435); o la tendencia de la ciencia jurídica francesa, en la cual vemos una Exégesis claramente influenciada por el mecanicismo cartesiano. Es decir, muchos han sido los caminos, con veredas unas más cortas que otras, pero siempre entrecruzándose, cortándose, desviándose unas a otras. Y, ¿qué tiene que ver eso con lo que tratamos en este trabajo? Lo que quiero resaltar simplemente es que hay similitudes y afinidades entre, por ejemplo, la formación de la química moderna y la constitución de la mecánica racional (recordemos que Leibniz está implicado en este proceso), por un lado y por el otro lado, la adopción de la norma como categoría *elemental* de la reflexión jurídica.

§ 8. Con los materiales disponibles, no podría afirmar cuánta consciencia tendrían autores como Comte o Bentham, lo mismo que Hugo o Savigny, del proceso de mutua imbricación entre los saberes emergentes o que se estaban consolidando en la época, pero es algo que hoy resulta “evidente”. Con esto no pretendo hacer una extrapolación de categorías y resultados de las ciencias naturales a las ciencias sociales del modo en que se han generado muchas de las *imposturas* denunciadas en la *guerra de las ciencias* (Santos, 2004; Follari, 2000), lo cual acusa una falta de rigor en autores más o menos publicitados. Pero lo cierto es que tampoco se puede sostener una total separación entre lo que sucede en las ciencias naturales y en las ciencias sociales, pues son muchos los casos de mutua imbricación. De la misma manera, aunque hoy tampoco podemos saber a donde nos llevará, no podemos negar el impacto recíproco (sinergia) que están teniendo las ciencias naturales (física, química, biología, etc.) con las ciencias sociales (sociología, sicología, derecho, politología, etc.) y las nuevas tecnologías (cibernética, ingeniería genética, etc.).

Por consiguiente, en perspectiva histórica, también es relevante destacar que tanto Descartes como Leibniz, quien desplegaría una marcada influencia en la Pandectística alemana, hacían una lectura apasionada de Galileo, *padre* de la mecánica racional (Stengers en Serres, ed., 1991). Además, hay que destacar que otro de los pensadores fundantes de la tradición del derecho contractual moderno y generador del *principio de Estado*, como es Hobbes, estaba seducido por la ciencia moderna y sus potencialidades para lograr un orden incontrovertible (Santos, 2003: 149 ss.).

Sin embargo, con esto no pretendo hablar de sobredeterminaciones o determinaciones absolutas, que vendrían a constituir una forma un tanto desfigurada y extrema de entender las conexiones entre las diversas líneas, factores, situaciones, etc., que intervienen y juegan en un contexto cultural concreto, pero sí sugerir la importancia de reconstruir y rastrear las similitudes y afinidades entre el derecho y otras disciplinas, tales como la Medicina. Así lo sugiere, por ejemplo, Pierre Legendre, cuando señala:

“Lo que denominamos Dogmática, a partir de la alta historia de las doctrinas de las cuales se ha hecho eco la escuela jurídica alemana hasta el siglo XX (en consecuencia tanto antes como después de Savigny) concierne a la historia fundamental de los conceptos y del método, a la vez para el Derecho y para la Medicina. Extraña relación, progresivamente analizada desde la obra central de Paul Zacchias en el siglo XVII, cuyas “*Questiones medico-legales*” han puesto de relieve la mira principal común al Derecho y a la Medicina: el cuerpo humano” (en Mari *et. al.*, 1994: 137 –el entrecomillado y cursivas son del original)

En el mismo sentido, puede comprenderse el trabajo de Michel Foucault (1966: *El nacimiento de la clínica*; 1967: *Historia de la locura en la época clásica*; 1984: *Historia de la sexualidad*).

Al parecer, en el imaginario de los juristas y las juristas actuales (y del común de las gentes medianamente informadas), la idea de norma está tan arraigada que parece ser no sólo una categoría elemental, sino resulta casi hasta natural e inamovible. Esto hace que para la imaginación jurídica contemporánea resulte casi imposible imaginar el derecho sin la idea de *norma*. Pero, ¿esto ha sido siempre así?, ¿acaso la norma no es una categorización o construcción conceptual, que en el orden de la historia resulta casi reciente? Todavía más, si ha sido una construcción conceptual de una época, ¿por qué tiene que ser insuperable para los juristas y las juristas de las épocas siguientes? Creo que aquí se mezclan esos obstáculos epistemológicos que estamos “persiguiendo”: reduccionismo y absolutización, que son la cara epistémica de los procesos de descontextualización y deshistorización. ¿Acaso no son el *rostro/rastro* del imperio de la norma en la ciencia jurídica y, por su vía, de la persistencia de esquematismos arcaicos cuanto de un modo de dominación?

Esta *reducción normativista*, por lo demás ya ha sido vista por otros. Lo vemos, por ejemplo, en la lectura que hace al respecto Antonio Hernández Gil, quien dice:⁹¹

⁹¹ Se debe tener en cuenta que la concepción de “ciencia” de este autor aparece, aunque con intenciones críticas y renovadoras, anclada en las visiones predominantes en el último cuarto de siglo (XX). Todavía es deudor de un cierto fideísmo cientificista, sobre todo, de una concepción tributaria de la superioridad de la “ciencia” sobre cualquier otro tipo de saber, los cuales quedan reconducidos, so pena de resultar inocuos o impertinentes, a someterse a los esquemas de la ciencia. Pero, aún y con las advertencias que hace, esa ciencia no es más que el modelo lógico formal y analítico de las llamadas ciencias naturales. De esta forma, si bien comparto su intención y muchos de las críticas respecto de la ciencia jurídica, la solución general que ofrece (me refiero a ese reduccionismo, también de la filosofía y del derecho, a los cánones de una supuesta “ciencia” que aparece incuestionada) no resulta satisfactoria, pues no hace más que seguir en una “seudo-lógica” de la minusvalía teórica de todos aquellos saberes que no sean “ciencia”, toda vez que esta es dictada desde una instancia extracientífica: la autoridad de la “Ciencia” sin más. Otra cosa se puede decir de su propuesta específica de tomar el camino del estructuralismo para encontrar o de-

“La normatividad no puede ser borrada por completo del campo de la experiencia jurídica. La cuestión estriba en determinar si agota de manera excluyente el objeto de la ciencia en sentido estricto o alcanza también a los contenidos de lo regulado” (Hernández Gil, 1981: 91).

Y más adelante afirma:

“La misma “teoría general”, pese a su acercamiento al Derecho positivo, se ha inclinado en exceso por la abstracción simplificadora. Cuando se reduce el Derecho a norma y ésta se considera integrada por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica representada por un deber de prestación o por una sanción (subsidiaria o impediendo respecto del deber) se ofrece una visión de la norma inferida de dos fenómenos jurídicos en verdad importantes, como son el “deber” o la “obligación” y la “transgresión” o el “delito”; pero se omiten amplias zonas de la actividad jurídica no encuadrables en el esquema propuesto. El mundo fenoménico del Derecho es mucho más complejo” (Hernández Gil, 1981: 147-148 –los entrecomillados son del original).

Considero que la crítica del *normativismo* realizada hasta el momento ha sido un avance significativo para superar la postración de la reflexión jurídica. Sin embargo no ha sido suficiente, pues en la mayoría de los casos, si bien se cuestiona la reducción del “mundo fenoménico del derecho”, se mantiene incuestionado el proceso (genealogía) que lleva a ese reduccionismo (*v.g.*, el análisis de Hernández Gil), por ende, no se visibiliza el proceso de descontextualización y deshistorización de un producto eminentemente histórico como es el derecho, por ende, de toda la teorización sobre la norma jurídica. Asimismo se mantiene incuestionada la forma “norma jurídica” como (*la*) categoría elemental del derecho, lo cual hace que se busque una ampliación de su espectro interno (“supuesto-prestación-sanción”), pero es lo cierto que ella no puede dar cuenta –no es la llave o clave que permite resolver el puzzle del derecho *en* la actual coyuntura histórica de ese “mundo fenoménico del derecho”. Por el contrario, lo que postulo aquí es la necesidad de revisar el proceso que lleva a la adopción de las categorías jurídicas, por una exigencia de su innegable historicidad y para hacer su historización; de ese crisol, si resultan pertinentes, potenciarlas o, de lo contrario, al menos saber que pueden ser superadas.⁹²

terminar la especificidad de lo jurídico, pues esa es –y no otra cosa pretende el autor– una de tantas vías posibles y que no nos constriñe.

⁹² Con cierta cautela escuchemos lo que dice Wittgenstein (2000: 29, párrafo 3.02): “El pensamiento contiene la posibilidad del estado de cosas que piensa. Lo que es pensable es también posible.” Lo de la cautela se debe a que no podemos asumir, en términos de la *praxis* y la concep-

Nos encontramos aquí con una situación como las descritas por Thomas S. Kuhn⁹³ en las cuales, estando en periodo de transición paradigmática, la vieja ciencia o *ciencia normal* (sus agentes, propiamente dicho) siguen trabajando con el instrumental teórico consolidado, y cuando algún fenómeno queda fuera de su alcance de comprensión se lo considera una *anomalía*, hasta que tales anomalías resultan desbordantes y, entonces, se tiene que encaminar hacia la construcción de un nuevo instrumental. Entre aquella vieja ciencia y su instrumental teórico y el nuevo instrumental hay una *ruptura epistemológica* que da paso a una nueva ciencia.

En el caso de la reflexión jurídica, ¿hasta cuando seguiremos arrastrando anomalías? ¿No ha sido suficiente la incapacidad del derecho –del modelo de derecho que llamamos moderno– para responder a las exigencias del cambio societal como para convencernos de que debemos superar este estadio paradigmático y buscar nuevos derroteros?⁹⁴

Un ejemplo de este análisis de anomalías es la intuición de Hernández Gil –acertada por lo demás, aunque insuficiente–, cuando dice:

“Sería curioso ver en el Código civil –para acudir al prototipo de una regulación sobria y centrada sobre el paradigma de los derechos subjetivos y los deberes– qué grupos de preceptos integrables en normas podría responder al esquema supuesto-prestación-sanción, y cuáles, por el contrario, escaparían de él. Posiblemente se encontrarían algunos con la sorpresa de que los grupos de normas sin encuadre en el esquema elegido son más numerosos. Únase a lo dicho que la actuación jurídica no discurre siempre conforme a una tipología normativizada. Los poderes reconocidos a la voluntad en las regiones del Derecho dispositivo tienen una fuerza creadora que a la par desborda las fórmulas previstas y produce articulaciones insospechadas de múltiples y aparentemente distantes situaciones jurídicas. La articulación, a veces, es el resultante de una com-

ción de lo real, de manera solipsista, este “posible”, sino que todo “posible” debe ser sujeto a las condiciones de factibilidad, para que no devenga utopismo idealista. En todo caso, y para lo que más nos interesa aquí, si podemos pensar un derecho *otro*, también puede ser posible, por ende, no estamos fatalmente condenados a permanecer en el punto en que nos encontramos.

⁹³ Sobre el cambio de paradigma y la lógica de la investigación, del mismo autor véanse: 1971: *La estructura de las revoluciones científicas*, 1975: “¿Lógica del descubrimiento o psicología de la investigación?” y “Consideración en torno a mis críticos”, ambos en Lakatos & Musgrave, eds., 1975; 1989: *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*.

⁹⁴ Esta búsqueda se ve obstaculizada o ralentizada por las fuerzas de la costumbre, como diría Bourdieu, habida cuenta que “[en] pocas palabras, el orden social, en lo esencial, produce su propia sociodicea. De modo que basta con dejar que actúen los mecanismos objetivos, o que actúen sobre nosotros, para otorgar al orden establecido, sin siquiera saberlo, su ratificación. Y quienes salen en defensa del orden simbólico amenazado por la crisis o la crítica, pueden limitarse a invocar las evidencias del sentido común, es decir, la visión de sí mismo que, salvo que ocurra una incidencia extraordinaria, el mundo social logra imponer” (Bourdieu, 1999: 239).

binación de lo lícito con lo prohibido” (Hernández Gil, 1981: 147-148 –los entrecomillados son del original).

Es decir, la norma con su esquema “supuesto-prestación-sanción” no es idónea para captar la riqueza del “mundo fenoménico del derecho”, pero seguimos operando con ella como si no pasara nada y sólo se requirieran ciertas ampliaciones de su esquema, o bien, la adopción de otros instrumentos que den cuenta de las anomalías, de esas situaciones jurídicas que son el resultado de “la combinación de lo lícito con lo prohibido”. ¿Por qué, en cambio, no decir que todo ese esquema y el tinglado que hay respecto de él no es idóneo para resolver la crisis del derecho y su imaginación en la actual coyuntura histórica y encaminarnos, así, hacia otro paradigma del derecho y la reflexión jurídica?⁹⁵ ¿Qué fuerzas hay detrás de este estancamiento de la imaginación jurídica? O ¿será que la imaginación jurídica todavía está pagando el precio a las fuerzas que llevaron a la actual conformación societal, para que su objeto fuera declarado pertinente y seguir desarrollando sus funciones dogmáticas al servicio de la regulación (*ratio*)? Si la reflexión fuera tan pura o tan neutra como se dice, ¿acaso no podría ella hacer ese salto epistemológico, o es que –como hemos señalado insistentemente– está atada por su vínculo con las condiciones de la producción y reproducción sociales específicas y su ciencia?

La Dogmática jurídica, por ejemplo, como forma que adquiere el conocimiento científico del derecho, opera con esta reducción del “mundo fenoménico del derecho”, y pasa por la “abstracción simplificadora” que sólo atiende a *sus* formas (categorías, nociones, etc.). Es la misma lógica de una ideología de clase que oculta y borra sus huellas mediante la absolutización (sacralización) de esas formas, haciendo caso omiso de su materialidad (contenido). El resultado final de la Dogmática es haber cumplido con una vieja función de regulación: la *función dogmática*.⁹⁶ Además, toda referencia a la “realidad concreta” queda desplazada y proscrita, como contaminante. El derecho se diluye en la norma y esta encubre y escamotea la experiencia jurídica que la sostiene, sin la cual deja de tener pertinencia alguna, pero llegado ese momento, la ilusión trascendental es tal cual *canto de sirenas* en los oídos de los juristas y las juristas.

⁹⁵ No obstante, sobre un cambio de paradigma del derecho ya hay propuestas prometedoras (*v.g.*, el garantismo), mas sobre el cambio de paradigma de la teoría jurídica queda (todo o casi todo) el trabajo por hacer.

⁹⁶ En esta función de regulación –dice Pierre Legendre– “... lo que está en juego [es] el cuerpo humano mismo. (...) Dicho de otro modo (...) no es otra cosa que la ley de la reproducción humana” (en Marí *et.al.*, 1994: 137). La manera en que los diversos registros (lo biológico vinculado a lo social, anudado mitológicamente y discursado por el saber sobre el cuerpo humano) aparecen anudados es el mecanismo al cual Legendre llama “función dogmática”.

Definitivamente, en todo esto hay más preguntas, sospechas, intuiciones, etc., que las que podemos abordar. Pero deben ser formuladas, incluso imaginadas, pues están en la base de esta crisis de la imaginación jurídica de nuestro tiempo.⁹⁷

III. El prejuicio legislativista

Otra derivación del obstáculo señalado (*reduccionismo*® *absolutización*) lleva a la concepción reduccionista del derecho a ley y esta como ley legislada. Para lo que nos interesa y por la influencia que tiene en nuestro estadio actual, como veremos más adelante, este *reduccionismo* podemos encontrarlo de forma acabada en Kelsen, a través de la disolución del derecho en el Estado y en su postulado sobre el carácter *nomodinámico* del ordenamiento jurídico.⁹⁸ Ahora bien, que las normas “existen en tanto que producidas y no como deducidas” (Ferrajoli), lo cual es conforme con el principio de secularización, plantea preguntas como las siguientes: ¿Ese postulado secular sólo se realiza si las normas tienen carácter *legal*? ¿Debemos entender “naturaleza nomodinámica” sólo en términos de ley-legislada? De ser así, en ese caso ¿no habría una suerte de naturalismo sociológico o politológico al considerar que *sólo* los Parlamentos pueden producir leyes (*textos*) en las cuales se identifican normas?

Para responder, siempre de manera *pro-positiva* (en sentido similar al “espíritu de hipótesis” invocado por Edgar Morin, 1995: 65-66), por ende provisional, coloco unas consideraciones previas. En primer lugar, como enseña parte de la doctrina respecto a los problemas de la interpretación jurídica y su relación con las normas, distinguimos “norma jurídica” de “ley” (como ley-legislada), siendo la primera un *efecto jurídico* que afecta potencialmente la esfera jurídica⁹⁹ de un indeterminado número de sujetos y que sólo una

⁹⁷ Más adelante se proyecta una vía alternativa que supere este obstáculo. El ofrecimiento, por supuesto, no es propio, sino ya ha sido hecho con anterioridad, que es de donde lo tomo. Es la propuesta de Capograssi, de disolver “la noción de derecho en la de «experiencia jurídica»” (Orestano, 1997: 384), en referencia a esta propuesta véase el cap. XI de la misma obra; asimismo Capograssi, 1959). Como se verá, esta propuesta no desecha la noción de norma, sino que la *supera* (incluyéndola, reubicándola críticamente), es decir, supera el reduccionismo normativista como obstáculo para la reflexión jurídica.

⁹⁸ Al respecto, Ferrajoli dice: “Es Kelsen quien, de hecho, -además de haber teorizado la estructura en grados de los ordenamientos modernos y el papel de las cortes constitucionales- nos ha enseñado que el derecho positivo tiene naturaleza nomodinámica; y que por ello, las normas (y los derechos y deberes adscritos por ellas), existen en tanto que producidas y no como deducidas” (Ferrajoli, 2001: 181). Por otro lado, ¿será acaso la fidelidad a esa enseñanza la razón que lleva a Ferrajoli a mostrarse “escéptico” con las ideas del pluralismo jurídico?

⁹⁹ Se trata del conjunto estructurado y estructurante de valores e intereses de una comunidad jurídica. Resulta evidente la dificultad que entraña la definición dogmática de *lo jurídico*, pues esta siempre se cierra en una tautología. Por otra parte, los intentos de definición teórica, incluido el de Kelsen, siempre terminan por remitir al ámbito político sociológico, es decir, hay una especie de

vez que se verifique una cierta *hipótesis de hecho* se imputará concretamente o específicamente a uno o varios de esos sujetos.¹⁰⁰ En segundo lugar, con el término “ley” nos referimos a *uno* de los productos del proceso legislativo, contemplado específicamente en el sistema de fuentes reconocidas por el ordenamiento (las reconocidas estatalmente: la constitución, el tratado internacional, la ley, el reglamento);¹⁰¹ a ese sistema de fuentes se le conoce también como *hechos-fuentes* o *fuentes normativas* en tanto productoras o causa de normas o efectos jurídicos según se acaba de indicar (por aquí el carácter nomodinámico). Asimismo, siendo que norma no es igual a ley, la primera es un *constructo intelectual* que, a la vez, se obtiene de un *proceso intelectual* (interpretación) que tiene como objeto el texto (oral o escrito) y cuya finalidad es identificar las normas vigentes en un ordenamiento jurídico o en uno de sus sectores (Antillón, 2001: 151-152). Teniendo en cuenta estas consideraciones, puedo intentar responder a las preguntas iniciales.

Es cierto que el carácter nomodinámico de las normas está vinculado *estrictamente* a su identificación en las leyes (en sentido amplio, el *canon* de las fuentes o hechos-fuente); todavía más, en el actual *Régimen*, norma jurídica solo se puede predicar del efecto jurídico identificado en una ley.¹⁰² Pero esto no supone que una norma para ser “producida y no deducida” deba ser *exclusivamente* legal, sino que la consideración de idoneidad de un texto para que en él se puedan identificar efectos jurídicos depende sobre todo de una *convención* que así lo habilite.

De otro modo, el postulado ferrajoliano de que las normas “existen en tanto que producidas y no como deducidas” se puede realizar no sólo si las normas tienen carácter *legal*, pues dicho carácter proviene de la *causa* específica de aquella norma, es decir, de que haya sido una ley la que sirviera de hecho-fuente para determinar la o las normas en cuestión. Pero bien puede haber hechos-fuente diversos, ya no sólo al interior del sistema de fuentes tradicional (estatal) sino, y lo que es más importante, fuera del proceso legislativo. Decir esto, en ningún caso supone una referencia a supuestos pre-positivos o pre-convencionales, sino remite al hecho mismo de que tratamos con *convenciones*, acuerdos,

exigencia de *exterioridad* en la definición de lo jurídico, lo cual corresponde con su implicación en una trama sociohistórica que le da sentido y pertinencia.

¹⁰⁰ Sobre la noción de norma como *efecto jurídico* y su distinción de la ley véase Falzea, 2001.

¹⁰¹ Para la consideración general que hago aquí, y por la relevancia que tiene este punto respecto de una discusión no resuelta como la del pluralismo *vs.* monismo, bien podemos entender en un sentido amplio que “ley”, en tanto “hecho-fuente”, comprende todo el sistema de fuentes.

¹⁰² Como bien nos recordara Ferrajoli, 2001: 181, fue Kelsen el que señaló el carácter nomodinámico del derecho positivo. Pero esto sólo cumple a cabalidad en el supuesto de la disolución o identificación kelseniana entre derecho y estado, y toda vez que el estado monopolice el uso de la fuerza socialmente legítima y la producción legislativa (de *textos*, orales o escritos, en los cuales identificar normas jurídicas). Ahora bien, ante un cambio de esos supuestos ¿debemos insistir en el carácter nomodinámico del derecho y desechar amplias esferas de creación *textual* (de textos, orales o escritos, que son vinculantes) y decisión como no jurídicas?

pactos, etc.; por tanto, nos mantenemos dentro de las exigencias del principio de secularización y del principio de democratización. En virtud de esos mismos principios, que se haya llegado a la consideración de la ley como hecho-fuente, todavía más, que se le haya otorgado a la ley-legislada el carácter de hecho-fuente en el cual identificar normas, es también una *convención*; que las razones que llevaron a este pacto o convención fueran unas u otras (para discernirlas es que insistimos en la contextualización) no afecta este carácter. Y eso es lo que no podemos olvidar. Luego, si todavía pensáramos que el trabajo de los juristas y las juristas fuera la elucidación, la identificación de normas, podríamos afirmar que por una *acción convencional* (entiéndase que se trata de un *proceso histórico*) del mismo tipo que llevó a la *canonización* de la ley-legislada como hecho-fuente por antonomasia, podríamos ampliar (o hasta sustituir) el actual canon a otros procesos o situaciones, de forma de considerarlos idóneos para la producción de normatividades, con lo cual siempre cumpliríamos con el postulado de que las normas “existen en tanto que producidas y no como deducidas”.

Según lo señalado, el monopolio estatal, *stricto sensu*, es sobre la producción de determinados hechos-fuente y no de normas, pues entre uno y otro momento media la actividad de los agentes jurídicos que reconocen o identifican (más propiamente, elaboran) normas en (con) tales hechos-fuente. El argumento de que tales agentes son, en último término, parte del tinglado estatal (en sentido más prosaico: funcionariado estatal), por lo cual el círculo de la estatalidad no se rompe con su actividad sino que se implementa con ella, es sólo parte del discurso burocrático o funcional en la tradición weberiana dominante en el siglo XX.¹⁰³ Aún más, aquél mismo monopolio estatal se ve hoy conflictuado y acosado por normatividades,¹⁰⁴ que si bien no pueden ser todavía calificadas técnicamente como jurídicas en virtud de esa consideración nomodinámica de las normas, sí regulan efectivamente amplios espacios de la actividad social, económica, política, cultural, etc. Por supuesto, esto no es tampoco un reclamo por una suerte de *legalismo ético*, o volver sobre una consideración *sustancialista* de la efectividad, pero lo cierto es que hay un reclamo cada vez mayor, por parte de la sociedad, de ampliar el marco de *juridicidad* – que no es sinónimo de legalidad como ley-legislada – para sus intercambios e interacciones de diversa índole, máxime cuando sus transformaciones son más aceleradas y no encuentran un adecuado (muchas veces ninguno, ni siquiera inadecuado) recibo en las instancias legislativas.

¹⁰³ Se impone, entonces, volver a revisar la cuestión de los operadores y las operadoras del derecho, lo cual compromete directamente cuestiones como las de la independencia de la judicatura, la independencia científica de los juristas y las juristas, etc.

¹⁰⁴ Como *implicado en el mundo* (Bourdieu) dominado por la concepción de la norma, me veo hartamente limitado por las disposiciones del lenguaje heredado, de ahí que siga hablando de “normatividades”, pero es el recurso lenguajero que tengo. Por eso, como diría el poeta, quizá: “Más adelante, en una sociedad más perfecta, / otro habrá igual que yo/ que aparecerá y actuará libremente” (“Cosas ocultas” de Kavafis, 1995: 142).

Por supuesto que esto alertaría a cualquier persona celosa de la certeza y la seguridad jurídica, aún más, hago propia la preocupación por el efecto inmediato de estas consideraciones, que pueden pasar por una disolución y dislocación del ordenamiento jurídico como *defensa* y derivar en mero instrumento de *depredación*. No obstante esa aprensión, tampoco puedo cegarme al hecho de que la adopción de ese carácter nomodinámico está en estricta relación con el monopolio del uso de la fuerza socialmente legítima (carácter coercitivo). Los reclamos de certeza y seguridad que originariamente venían por esta vía, como reclamo de defensa *del ciudadano común* frente a las *prerrogativas del poder*, hoy se invierten como límite para las demandas de las personas concretas frente al poder, al cual sólo se le puede pedir lo que expresamente éste *se ha dispuesto hacer*.

En ese sentido, lejos estoy de pensar en una difusión del ejercicio de esa fuerza socialmente legítima, y creo que el Estado hoy debe mantener ese monopolio; esto es relevante particularmente frente a los procesos de privatización y desestatización de funciones tan graves como la seguridad (actividad policial, carcelaria, jurisdiccional, etc.), ni que decir del abandono acelerado que han hecho los estados de sus funciones en el ámbito de la seguridad social, educación, justicia social, entre otras. Pero también veo lo oportuno de que se *re-orienta* el uso de esa fuerza social y se ponga al servicio de las acciones y decisiones en espacios de mayor participación democrática. Por eso considero que es una responsabilidad no cerrar el ocurrir de la dinámica histórica (pues de hacerlo sólo lograríamos vanamente proscribir cualquier nueva emancipación que se avizore); asimismo, lo único que pretendo sostener es que la consolidación de los Parlamentos y su creciente monopolización de la producción de hechos-fuente, fue una mediación específica, por ende, histórica y contextual, que respondía, a su vez, a la última fase del proceso de consolidación de los Estados nacionales y a la instauración del sistema capitalista sobre la base de la creciente abstracción de la mercancía (Ibáñez, 1986: 45 ss.).

§ 9. A cuenta de las *similitudes y afinidades*, pareciera que el Parlamento es el equivalente del motor transformacional que prima en el periodo industrial del *capitalismo de producción*. El funcionamiento de dicho motor es conforme a las leyes de la termodinámica (particularmente el principio de conservación de la energía, siendo ésta igual en el momento inicial cuanto en el final) y busca la eficiencia productiva; por su parte, teóricamente hablando, el Parlamento aglutina todas las fuerzas sociales y políticas y mediante (en virtud de) el proceso legislativo o parlamentario su producto se asume como *voluntad general*, por ende hay un equilibrio entre la tensión de fuerzas iniciales y el resultado final, que es ordenar la sociedad a los fines de la producción. En ese mismo sentido, la ley general y abstracta sigue la lógica de la mercancía (“fetichismo de la mercancía” - Marx) bajo cuyo embrujo desaparecen las cosas y las personas. En la lógica de la mercancía las cosas no producen goce (borra su marca natural), es decir, no satisfacen necesidades y no están afectadas al trabajo (borra su marca social), por tanto, esconden o disimulan las concretas relaciones de pro-

ducción. De esta forma, la ley general y abstracta dejó de hablar de necesidades de sujetos humanos concretos (el *efecto jurídico* mismo se identifica haciendo abstracción de sujetos y condiciones de vida) y con la pretensión de ser la *voluntad general* abstrae y escamotea las relaciones de fuerzas que están en su origen y legitima el orden de las relaciones de producción sobre el que se asienta la paz social.

Esto fue así en todos los periodos del capitalismo de producción, no obstante sus transformaciones o adaptaciones. Pero actualmente, ese modelo ha sido o está siendo suplantado por un *capitalismo de consumo*, en el cual la riqueza crematística no se produce por la conversión industrial de materias primas (la naturaleza y el trabajo), sino que se asienta en la innovación tecnológica y la volatilidad de los capitales. El nuevo modelo, de rango tecnológico, es la Informática, aún más *la Red* (camino de su sacralización). Frente a este modelo el Parlamento resulta trasnochado, pues el capital urge por la (presunta) agilidad de la empresa transnacional, no localizada pero omnipresente.

Este hecho también puede contener una clave para entender por qué ahora, desde las esferas oficiales del poder, por ejemplo, se da acceso y se promociona la paridad y otras medidas de incorporación de las mujeres en la vida política (política entendida en términos procedimentales), haciendo abstracción del impulso significativo que desde los colectivos feministas y afines se ha efectuado, que no es cosa de desdeñar todo su esfuerzo. Pero la duda que se plantea es la siguiente: ¿por qué precisamente ahora cuando los Parlamentos y, en general, el Estado están siendo desmantelados, se da el acceso a las mujeres? ¿No será que el poder real se ha desplazado y hoy se dice y actúa en otros lugares? La duda queda planteada; no obstante, todo parece indicar que las acciones alternativas debieran pasar por una *repotenciación y apropiamiento* democrático de esas instancias.

Si actualmente los estados nacionales se están –para decirlo en términos suaves– transformando y *dislocando*, también habría que *des-localizar*, mejor aún, *re-localizar* las mediaciones productoras de hechos-fuente, lo que supone a su vez, la re-consideración del *canon* instituido y reconocido de tales hechos-fuente. Como quiera que sea, este *reduccionismo* del derecho a ley-legislada tiene toda una historia¹⁰⁵ que no podemos olvidar, pero no la puedo reconstruir aquí, tanto por motivos de inopia de materiales precisos cuanto de la economía del texto. Sin embargo, puedo adelantar que en este punto nos

¹⁰⁵ El *bonapartismo* como estilo y método de una dominación legítima(da) se alimenta y a su vez da cause a este reduccionismo del derecho en ley-legislada, que por lo demás será el talante predominante en la línea francesa (Orestano, 1997: 245), la cual ha tenido una influencia mayúscula en la formación de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Posteriormente, queda sellada la suerte de esta reducción con Kelsen y su identificación derecho-estado. Sobre el proceso que lleva al legislativismo, véanse Clavero, 1997 y Zagrebelsky, 1997. Además, en la medida que este proceso está vinculado a la incorporación del principio de legalidad en los modernos Estados de derecho como su “principio organizativo”, véase Ferrajoli, 1995: 220-221. Finalmente, las consideraciones que enuncio aquí las ampliaré en el *Capítulo VI*.

encontraríamos con lo que se podría denominar el prejuicio de la *omnicomprensión* o *totalización* del derecho legislado, en cuya genealogía podemos encontrar al menos dos vertientes muy marcadas:

- 1) La primera tiene que ver con la *vinculación entre libertad y ley*, relación que se hace presente en el contractualismo iusracionalista (Hobbes, Locke) y es revelador del individualismo en ciernes del finalmente triunfante liberalismo. Tanto para Locke como para Hobbes, la libertad –aspiración máxima y promesa del *pacto*– sólo puede ser conservada y realizada dentro del marco de la ley (Béjar, 1988: 37). Es decir, en la fundación de la modernidad, el pensamiento político confía en la ley como mecanismo de equilibrio (tiene que ver con el mecanicismo de Hobbes) y defensa de las “libertades civiles” (Constant) frente a los abusos del poder regio.
- 2) La otra vertiente, como ya he señalado, entronca con los procesos de *codificación*, que son fruto de los esfuerzos racionalizadores y sistematizadores que habían arrancado con la formación del Estado moderno y que buscaban la certeza y la fijación del orden de los derechos; origen que –es preciso recordar– estaba signado por

“... la pretensión de la razón jurídica de reordenar y reconstruir su propio objeto en función de los valores de la certeza y la garantía de los derechos” (Ferrajoli, 1995: 18).

No obstante, la *codificación* derivará en una tendencia absolutizadora, en un doble sentido: por un lado, la disposición de no reconocer otro derecho más que aquel emanado de los órganos estatales competentes, y por otro lado, la emergencia de una línea *bastarda*¹⁰⁶ que pretendía la juridificación de *todas* las esferas o aspectos de la realidad.¹⁰⁷

§ 10. La *Codificación* fue un cúmulo de procesos que se impulsaron desde la segunda mitad del siglo XVIII y tomaron plena forma en el siglo XIX, formando un arco de procesos históricamente determinable que va desde la promulgación del Código civil napoleónico en la Francia de 1803 hasta el Código civil alemán promulgado en el 1900. Evidentemente el siglo XX será un siglo de códigos hasta que empieza la crisis, entre otras cosas, por la hiper-

¹⁰⁶ Todavía más, es el triunfo pírrico de la línea parlamentarista, opuesta a aquella otra juracista y judicialista que resultó vencida en la práctica eliminación de la institución del jurado en los nuevos estados y en la limitación casi absoluta de los poderes de los jueces (Clavero, 1997).

¹⁰⁷ Una sugestiva línea de investigación respecto de esta tendencia es la iniciada por Michel Foucault, 1984, con su propuesta sobre la *biopolítica*; en el mismo sentido véase Agamben, 1998. Este prejuicio o mito de la *totalización del derecho legislado* resulta correlativo a la pretensión de *juridificar* todos los aspectos de la realidad inscrita en el *poder de construcción de realidad* que tiene el derecho. Una vía para desmontar este prejuicio está en elucidar su (im)posibilidad, lógica y fáctica, a partir del análisis y deconstrucción de la expresión “todo lo que no está prohibido está permitido” que es su fórmula paradigmática.

inflación legislativa de leyes especiales. También hay que recordar que en el largo camino que lleva a la Codificación, intervienen no sólo la línea romanista del *ius civile*, sino la canónica del *ius canonici* de la Iglesia, particularmente relevante en los países de tradición católica (Francia, España, Italia). Por otra parte, convergente con la *Codificación* se dio el proceso de *constitucionalización*, pero este quedó en cierta forma obnubilado por el primero en tanto representaba de forma más acabada los ideales del modernismo científico. Esa convergencia entre codificación y constitucionalización ha tenido una cara bastarda en Latinoamérica, donde más pronto que tarde, después de los procesos de independencia se adoptaron códigos civiles, aunque la práctica quedó hipotecada por las tendencias antidemocráticas y autoritarias que la encaminaron a una especie de “decretalización” (Zaffaroni, 1992). Asimismo, en lo referente a la producción de constituciones rígidas ese escenario ha sido muy prolífico, pues vemos como durante todo el siglo XIX y el XX se suceden diversas constituciones en cada uno de los países de la región; otra cosa ha sido la adopción de un patrón de apego a la constitución, materia que quedó pendiente hasta finales del siglo XX. En ambas líneas lo cierto es que en Latinoamérica todavía está pendiente en muchos aspectos esta materia.

Consiguientemente, lo que llamo el *modelo bizantino*,¹⁰⁸ que ya había sido un límite para el desarrollo del pensamiento jurídico en los inicios de la ciencia del derecho, es decir, la estricta sujeción al *texto*,¹⁰⁹ vuelve, de manera ideológicamente solapada pero políticamente abierta, a regir los derroteros de la ciencia y la práctica del derecho. De esta forma, a partir del siglo XIX, el *signo de la ley* tendrá varias caras (caleidoscópico):

- Por un lado, el modelo del derecho (como derecho estatal) será el del *Código civil*, que es ley-legislada, basado en la doctrina, en clave individualista, de los derechos y deberes individuales, la libertad contractual y la propiedad privada (más propiamente: capitalista).¹¹⁰

¹⁰⁸ Con esta expresión se hace referencia a la prohibición de interpretar los textos, puesta por Justiniano en sus *Instituta* y que fuera seguida o atendida por los Glosadores y Comentaristas, en su consideración del *Corpus Iuris* como *donum Dei* (Orestano, 1997: 207 ss.) En la tradición canónica la proscripción de la interpretación y la sujeción irrestricta al texto deriva, en último término, de la consideración de *Ley viviente* que encarnaba el romano pontífice (Legendre, 1979: 64-66, 70 ss).

¹⁰⁹ Esta sujeción irrestricta al texto está montada sobre la base de un imaginario arcaico, de sumisión al padre, a la autoridad que encarna todo el saber y el poder (Legendre, 1979: 205-206). Se trata, en definitiva de la sujeción al “*Escrito viviente*” del que habla el mismo Pierre Legendre (en Marí *et. al.*, 1994).

¹¹⁰ No obstante, aunque ese sea el *modelo* (civilista), la razón detrás del derecho moderno es la *razón de punir*, de control y castigo, como garantía última del cumplimiento de los contratos y el respeto a la propiedad individual; luego, tampoco podemos llamarnos a engaño de que el derecho moderno –digo esto sin desconocer sus aportes significativos en términos de una mayor humaniza-

- Por otro lado, la interpretación quedará proscrita (para el fideísmo cientificista, la ciencia *no* interpreta, sólo *describe*), o bien, toma la forma de la exposición restringida, camino de la Exégesis francesa y ni siquiera superado por la Pandectística alemana, más formalista y conceptualista.
- Por si fuera poco, esa ley-legislada (individualista, general y abstracta), que subsume los reclamos de las emancipaciones (derechos humanos) será clasista (se interpone como límite de/a los reclamos de las clases obreras), racista (es la ley del buen ciudadano, el que puede ser individuo, definido por la misma ley civil, por eso obvia durante mucho tiempo los reclamos anti-esclavistas y demás formas de segregación racial) y profundamente patriarcal.

Finalmente, también hemos dicho que los códigos civiles¹¹¹ tienen como base la doctrina de los derechos subjetivos según quedara plasmada en la Declaración francesa. Ese modelo, con el impulso de la Exégesis, se implantará en el derecho europeo continental y, lo que es más, en la concepción de derechos humanos posterior. De ahí que la cuestión de derechos humanos haya sido vista (casi exclusivamente) como derechos subjetivos. Pero ¿qué significa esto?

- En cuanto *derecho* se remite a la idea del *derecho válido*, es decir, del derecho promulgado legislativamente. Por este camino, la doctrina llegaría a la distinción entre un núcleo axiológico o derechos humanos *sin más* y las objetivaciones legislativas o derechos fundamentales recogidos en un texto constitucional pero, por el camino elegido del legislativismo/legalismo, dejados a la realización mediante la ley. Luego, el cuerpo de garantías reales está siempre supeditado a la ley.
- En cuanto *subjetivos*, poco a poco se va dando el *desplazamiento* de la idea de humano a la idea de “sujeto *de* derecho” o “persona jurídica”. Con esto el contenido subjetivo deja de ser los seres humanos concretos para pasar a la idea “objetiva” de *centros de imputación de derechos y deberes* y, por la vía de la persona jurídica, llegar a la empresa (transnacional) como sujeto de la economía (hoy se dice globalizada).

§ 11. Se podría pensar que la alusión del derecho romano a las personas (*v.g.*, la tripartición *gaiana*: *personae*, *res*, *actiones*) tenía como contenido o denotaba a los seres humanos en cuanto cuerpos vivientes. Pero la consideración del ser humano como cuerpo viviente, *nuda vida*, no se hace con el término persona, sino con el de *homo sacer* (Agamben, 1998). “Persona” era una categoría (recuérdese que el sentido primario del término era “máscara” y está

ción de las formas de dominación y disminución de su desmesura- esté orientado, fundamentalmente, a proveer de civilidad (la virtud civil de y para la vida en la comunidad: *polis*).

¹¹¹ ¿No encarnaban éstos el ideal bonapartista de la presencia del Estado? ¿La ontologización que se hace del *Código civil* no es, acaso, paralela o correlativa a la del Estado? El “yo enseño el *Código civil*” del exégeta francés ¿no refleja esa subordinación reverencial al poder/figura estatal?

tomado del teatro) que aludía a quienes ocupaban una posición: la de *cive* o ciudadano libre. En todo caso, incluía *principalmente* a personas humanas concretas, pero también podía otorgarse esa condición a animales (reparar el pasaje del nombramiento consular del caballo de Calígula) o a cosas (el tratamiento a las estatuas del príncipe). Por otra parte, dado el paralelismo (¿aparente?) entre esa situación con la moderna de otorgar la categoría o estatuto de *persona jurídica* a entidades-empresas, las referencias que se hacen sobre la *persona jurídica* (categoría conceptual moderna) como fundadas en la vieja referencia a las “personas” del derecho romano, si parece ser un desplazamiento por *perpetuación*, en el sentido que lo define Orestano (1997: 433-434).

VI. La separación público//privado como desgarramiento cuasi-ontológico de la realidad

Pasando a otro registro, nos enfrentamos a un obstáculo bastante escurridizo que va a generar algunas de las paradojas más significativas del derecho moderno, particularmente en lo que atañe a la defensa y realización de derechos humanos. Y es que este obstáculo viene dado no por la convergencia entre derecho y ciencia, con su ideología positivista y conforme a las exigencias del capital, como en los dos casos anteriores, sino por el anclaje del derecho en un contexto en el que el patriarcado reconstituyó su formas de dominación, y lo hizo precisamente tomando al derecho como uno de sus instrumentos. Por eso, para poder localizar este obstáculo, debemos situarnos en la convergencia de dos formas de dominación: la del capitalismo (fetichismo de la mercancía, valor de cambio, libertad y autorregulación de los mercados, etc.) y la del patriarcado (“contrato sexual” – C. Pateman–, familia, domesticidad, etc.). En esa convergencia se sitúa la reflexión jurídica y construye un sistema de legitimaciones funcional para uno y para el otro: los *derechos individuales*.

La vía abierta por esta(s) *libertad(es) civil(es)* permite y fomenta la articulación de un tinglado social: desde las instituciones del orden jurídico-político hasta las justificaciones filosófico-morales y religiosas, pasando por una cultura de encierros diferenciados y disciplinamiento de los cuerpos. Nos referimos, claro está, a esa separación cuasi-ontológica entre *público* y *privado*, siendo que además la ambigüedad de los términos no despeja la visión ni facilita el análisis. En ese sentido, en “Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad”, Elena Beltrán Pedreira apunta:

“... podríamos distinguir entre privacidad (*privacy*), derechos individuales (*privacy rights*) y esfera privada. La privacidad estaría relacionada con la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, con la tolerancia, en definitiva. Los derechos individuales se originan en paralelo a la idea de tolerancia y supone, entre otras cosas, la libertad de mercado y de movimientos, que al facilitar las transacciones comerciales origina una economía privada y una

mercantilización de las relaciones interpersonales. La esfera privada es también la esfera íntima, el terreno de la casa, de lo familiar, de lo doméstico. En esta esfera, tradicionalmente, carecían de relevancia las cuestiones de justicia. Por tanto eran cuestiones ajenas al ámbito de la teoría y de la filosofía moral y política.” (en Beltrán & Maquieira, edtas., 2001: 207 – las cursivas son del original).

A lo dicho por elena Beltrán agrego que tampoco fueron relevantes para la reflexión jurídica, más que para mantener el encierro diferenciado del ámbito del hogar, como uno de los espacios para la impunidad (Shute & Hurley, eds., 1998: 88.90.96), donde no ha habido para las mujeres y los niños y las niñas *derechos individuales* que oponer en su defensa frente al poder de *los ciudadanos* (normalmente varones, blancos y propietarios).

§ 12. Ante la situación descarnada de las violaciones sexuales contra mujeres, para quienes parece no hay derechos individuales, en las guerras modernas (Alemania nazi, Serbia, Kosovo, etc.), cuya “modernidad” está dada por la “deliberada producción de pornografía con sus atrocidades”, Catharine A. MacKinnon (“Crímenes de guerra, crímenes de paz”) pregunta por el papel que asume el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario frente a esto. Su respuesta no es sino desgarradora e inobjetable:

“En realidad, las reglas que gobiernan el tratamiento legal de las mujeres en otros terrenos también operan aquí: quien es reproductiva o sexualmente violado no es humano. (...) De conformidad con las actuales garantías internacionales y con la práctica cotidiana, una mujer «no es todavía un nombre para una manera de ser humano»” (en Shute & Hurley, eds., 1998: 96 –los entrecomillados son del original).

Desgraciadamente, la coyuntura internacional actual de la eufemísticamente llamada guerra antiterrorista (“libertad duradera”) ratifica ese diagnóstico de MacKinnon. Para una información general sobre la crítica del patriarcado véanse Beltrán & Maquieira, edtas., 2001; Varcárcel, Renal & Romero, edtas., 2000, y sobre el patriarcalismo *del y en* el derecho moderno véanse además Facio, 1999; Facio & Fries, edtas., 1999; Rubio, 2001 y Bodelón, 2001, ambas ponencias presentadas a las *XVIII Jornadas de Filosofía Política y Jurídica*, Granada, 5 y 6 de abril de 2001; Herrera Flores, “Feminismo y Materialismo: Hacia la construcción de un “Espacio Social Ampliado” en Sánchez Rubio, David; Herrera Flores, Joaquín & De Carvalho, Salo, coords., 2000: 321-364 y la extensa bibliografía ahí citada.

Desde una perspectiva histórica, algunos se ven inclinados a afirmar la antigüedad de la distinción público-privado; pero, es lo cierto que esta se dice de maneras muy distintas en cada época. En Roma, por ejemplo, la construcción de la *polis*, a la cual se en-

contraban incardinados los *cives* (hombres libres, plenamente humanos), se convertía en el deber máximo. La virtud, en ese sentido, se entendía como *virtud civil*. La concepción de la vida (social) romana llevaba a una suerte de intervención de los “poderes públicos” (los poderes de la ciudad, de la *polis*) en todas las esferas de la vida de los ciudadanos; así, tanto el culto religioso como las reglas sobre la sucesión de los bienes, el gobierno de la casa, cuanto la forma de acceder a puestos públicos, etc., eran atribución (conocimiento, discusión y decisión) de los poderes de la ciudad. Así, por muchos motivos no puede tomarse la distinción romana de que hay un *derecho público*” y un *derecho privado*¹¹² como “anticipación” (Orestano, 1997) de la separación moderna público//privado.

Todavía puedo agregar algunas otras consideraciones al respecto, así:

- En Roma, tanto *lo público* (los intereses de la República) como *lo privado* (los asuntos de utilidad privada) eran de la incumbencia y utilidad de los *cives* (varones), únicos que tenían el *status* de persona. Por supuesto, poco o nada tiene que ver este *status personae* con la idea moderna de “persona jurídica” (Orestano, 1997: 434). La distinción no tenía una pretensión de distribución de las funciones productiva y reproductora, como sí lo tiene en el concepto moderno, pues tratándose aquél de un sistema social estratificado y una economía basada en el trabajo esclavo, tales funciones correspondían a (quienes eran considerados) no humanos, no personas: esclavos y mujeres.
- La distinción moderna entre público y privado tiene sus antecedentes en el contractualismo liberal (v.g., Locke); con esta se buscaba asegurar las libertades civiles frente al poder regio. Donde el individuo se sentía seguro y fuera de “la mirada del poder” se instituye el ámbito privado (Béjar, 1988: 42-43). Con la concepción de ese espacio como límite infranqueable para la tiranía del estado, el individuo veía garantizados sus derechos naturales iguales e irrevocables a la vida, la libertad, la dignidad, la seguridad y la propiedad. Más tarde, con las Revoluciones norteamericana y francesa, esa idea de dignidad inalienable dará forma a los derechos individuales (Shute & Hurley, eds., 1998: 99). Así, al tratarse de una emancipación de *los* ciudadanos (concepto preciso y restringido generado sobre la base de la idea de *individuo*), éstos podían organizar el gobierno y la vida civil según su orden y medida. Póngase en juego, además, que detrás de esta emancipación está la burguesía (los *buenos* ciudadanos), con su lógica de capital y su nueva ideología científica que distribuía el espacio (cosas y personas) y modulaba los tiempos en función de la productividad y la eficiencia; en fin, que establecía su control sobre el imperativo de la reproducción humana. Luego, la

¹¹² Al parecer, esta distinción derecho público/derecho privado reclama una tradición –por cierto, nada clara- construida sobre la base de una lectura sesgada de un postulado de Ulpiano, que dice: “Es derecho público el que corresponde al estado de la República, privado el que atañe a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada...” (*Digesto*, I, 1,2 -la cita está tomada de Antillón, 2001: 257).

concepción de ese espacio privado tenía una función adicional e invisibilizada (no discursada, pero operativa): la reducción al ámbito privado de las mujeres en cuanto excluidas de la producción, pero encargadas de los cuidados de la reproducción.

- La distinción público//privado se basa, entre otras determinantes, sobre esa distribución, de forma que no sólo los varones salen al espacio público (las funciones productivas, políticas y culturales se establecen ahí), sino que el trabajo doméstico no adquiere ninguna relevancia social y política.¹¹³ Asimismo, el ámbito privado está asegurado contra las intromisiones del Estado (MacKinnon en Shute & Hurley, eds., 1998: 98) y *presta* un espacio de impunidad para la dominación que ejercen los varones sobre las mujeres, los niños y las niñas, incluso reproduciendo la dominación de la que son objeto en el espacio público.
- El ámbito privado, entonces, opera como cierre y encierro de las mujeres (también niños, niñas, personas adultas mayores dependientes), que no tienen “libertades civiles” frente al poder de sus “amos” (varones, adultos, propietarios), pues aquéllas no son individuos, no son “todavía un nombre para una manera de ser humano” (MacKinnon en Shute & Hurley, eds., 1998: 98).

En esta línea, ha sido la crítica feminista la que, desde los años setenta (siglo XX), *puso el dedo en la llaga*, denunciando la distinción público//privado como mecanismo de dominación patriarcal. En ese sentido la discusión está abierta y ha significado importantes replanteamientos para la reflexión jurídica, al menos en los márgenes que han admitido un aviso de ruptura de la *muralla* impuesta entre el ámbito privado (transformaciones en materia de derecho de familia; avances contra la violencia y la discriminación de género; etc.) y el ámbito público (políticas de discriminación positiva; avances en materia de representatividad y paridad política; etc.). Sin embargo, al parecer las *murallas abstractas* son más difíciles de romper que las *murallas reales* y este inicio de siglo (XXI) todavía nos encuentra con un notable déficit al respecto.

En fin, como tantas otras de las que se han mencionado en este trabajo, estas son tareas para una reflexión que no asumiré en este momento y lugar. Pero sí haré, en lo que incumbe al derecho, unos apuntes adicionales respecto a esa insistencia cuasi sacralizante sobre la distinción entre derecho público y derecho privado como formas (radicalmente) distintas. En ese sentido, sin decir nada original, y para sintetizar, considero que la distin-

¹¹³ En el capitalismo, el trabajo doméstico y sus productos, particularmente el trabajo de las mujeres en la esfera privada no representa una generación de plusvalor, es decir, no adquieren un *valor de cambio* y se agotan o realizan en su función como satisfactores de necesidades o *valor de uso*; luego, no aparecen como susceptibles de entrar en *el comercio de los hombres*. Siendo esto así, se puede comprender porqué actualmente algunas áreas o aspectos de ese trabajo doméstico y reproductivo aparecen regulados, pero solo desde el momento en que se los convierte en *mercancía* y se los comercializa.

ción entre derecho privado y derecho público responde a diversos *factores*, entre los cuales son de grave importancia los siguientes:

- 1) Como línea propia de la *comunidad de juristas* –para decirlo en términos kuhnianos–, en el derecho moderno se ha impuesto la tendencia sistematizadora que se alimentaba de las preocupaciones didácticas de los juristas (reproductivas de un estilo de abordaje del fenómeno jurídico). Así, los romanistas, desde los Humanistas renacentistas hasta la Escuela Histórica, tuvieron entre sus preocupaciones el orden de exposición del derecho (la problemática de la *dispositio* o sistemática), vinculado mayormente con una finalidad didáctica. Esto, por supuesto, tuvo su impacto en la acción de los juristas del *Nuevo Régimen*, funcionarios que más tarde copiarían la casi totalidad de la gestión de los estados (aquí se instala la secular disputa entre *teóricos* y *prácticos* y la creciente diferenciación profesional de los operadores del derecho). Hasta aquí no parece haber distinción entre “derecho público” y “derecho privado” y para localizarla hay que hacer una bifurcación. Por un lado mirar hacia el campo de las polémicas que en nombre de los derechos nacionales se enfrentaban al peso del *ius commune*, particularmente en el campo alemán (polémica Thibaut-Savigny – Orestano, 1997: 518). Por otro lado, en el caso francés, con el *Código civil* no nos vamos a encontrar todavía, ni *estricta* ni *exclusivamente*, con un código de derecho privado en el sentido que va a tomar más tarde esta expresión, pues con él se pretendía no sólo exponer todas las materias del derecho en un orden sistemático y racional, cuanto regular el máximo de cuestiones posibles; luego, no fue sino con la constitución del Consejo de Estado que se generaría alternativamente una jurisprudencia administrativa, que se puede decir de “derecho público”.
- 2) Como línea convergente (en cierto sentido externa a la reflexión jurídica), aparece el estricto orden y disciplina que la burguesía capitalista estableció conforme a las exigencias del desarrollo del capital, que requería de un espacio *liberado* donde éste se pudiera realizar y expandir según su propia dinámica. En ese sentido, históricamente vemos como la conquista y colonización de América, por parte de las potencias europeas, inicialmente se hizo en nombre de las Monarquías reinantes pero con los recursos de los burgueses, y fue solo por la ingente cantidad de oro y plata que desembarcó de América en Europa, que esas monarquías se consolidaron y la nobleza tuvo un nuevo respiro dejando rezagada a la burguesía; ésta última tendría que esperar hasta los siglos XVIII-XIX para hacer su asalto al poder, ahora con su ideología de legitimación a punto: el liberalismo.

Esto así, la distinción tiene una paternidad eminentemente liberal (Antillón, 2001: 257) conforme a la cual hay, por un lado un derecho del Estado y demás entes públicos, signado por el principio de legalidad (*paleopositivista principio de mera legalidad*, como dirá Ferrajoli), y por otro lado el derecho de los particulares sobre la base de la autonomía de

la voluntad (que se expresa en el contrato) y la propiedad (como presupuesto pre-jurídico del que derivan derechos –Barcellona, 1996).

Por otra parte, esta especie de *cuadrícula* tanto del espacio social como del ámbito institucional es una invención, por lo demás funcional a los ideales reguladores del fideísmo cientificista; así se lograba el control, la medida y la previsibilidad necesarias para desarrollar el proyecto de ingeniería social. En cada retículo se asignaban funciones, capacidades, agentes, etc.

§ 13. La burguesía capitalista no pudo ceder a la tentación de trasladar el modelo cuadrangular y, una vez conquistado el Estado, lo pudo ubicar *reticularmente*. Asimismo, conforme a un patrón patriarcal, distribuye funciones e instituciones sociales en un espacio u otro: el Estado al espacio público, que es el ámbito donde queda instalada la política como acción exclusiva de los varones (buenos burgueses); y al espacio privado la religión, que consagraba el dominio patriarcal y se convenía con el orden burgués mientras le dejara un espacio intocado: la familia en cuyo seno dejaría las funciones de cuidado y reproductivas, pero a cargo de las mujeres, sometidas y disciplinadas, para extraer la totalidad de las potencias productivas de los hombres, cuya espuria gratificación era, en última instancia, el acceso y dominio sobre el cuerpo de las mujeres.

No obstante, en el actual periodo de transformación del modelo societal, también se encuentra desfasado dicho esquema, pues como dice el profesor Antillón, ese esquema

“... no encuentra su correlato en la experiencia de la sociedad moderna; en la cual, por el contrario, tenemos abundancia de reglas privatísticas que se aplican a los llamados “entes públicos”, mientras que por el otro lado tenemos también disciplinas normativas de orientación publicística que atañen a ciertos sectores de la vida social, como la familia, la relación laboral, el ambiente, la función del consumo, etc.” (Antillón, 2001: 257-258 -los entrecomillados son del original).

Y concluye, señalando:

“Ahora bien, para establecer esta diferencia en la normación de las conductas es innecesario (y a la vez fuente de equívocos perniciosos) postular, como ha hecho la doctrina dominante, la existencia a priori de un “ámbito público” [lo mismo que la existencia apriorística de un ámbito privado], que sería algo así como el universo donde moran y reinan ciertas famosas personificaciones como “El Estado” y otros entes por el estilo. Todo lo cual me parece que no son verdaderas explicaciones, sino metáforas, derivadas de prejuicios organicistas, o de imágenes antropomórficas (Leviatán, etc.) que enredan las cosas, en vez de resolverlas” (Antillón, 2001: 258 –los entrecomillados son del original).

Sin más comentarios que esas observaciones dejo el problema en este punto. Cierro que ni siquiera ensayo vías para desanudar lo históricamente anudado, pero al menos dejo constancia de la existencia de un obstáculo en este punto.

Colofón: *Los* obstáculos epistemológicos señalados aparecen instalados en el *marco categorial* del pensamiento jurídico moderno. Insisto una vez más, no son los únicos (tampoco estoy en condiciones de afirmar su primacía), pero lo cierto es que son “causas de estancamiento y hasta de retroceso” (Bachelard) del pensamiento jurídico y obstruyen nuestra imaginación jurídica.

Pasaje: Todavía queda por revisar un tercer obstáculo epistemológico, que es el problema de la *inversión ideológica* el cual, en nuestro criterio, provoca altos niveles de violencia en *nombre de los derechos humanos*; por consiguiente, será analizado en el *Capítulo IV*. Pero todavía nos queda camino por andar antes de llegar a ese punto, pues tenemos que revisar algunas cuestiones sobre la Teoría general, su forma de categorización, utilidad y función, a la luz de los aportes del pensamiento de liberación (*Capítulo III*), para poder revisar la forma en que se articula el discurso en la modernidad y, recién ahí, localizar la inversión ideológica que atraviesa toda la construcción jurídica moderna.

CAPÍTULO TERCERO EPISTEMOLOGÍA Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Donde se re-visan algunas cuestiones de teoría general del derecho y se introduce la discusión de algunos aportes teóricos provenientes del *pensamiento de liberación*, en términos de derechos humanos y en función del *pasaje* de las tesis garantistas hacia un nuevo paradigma epistemológico

“La concepción del jurista como "puro" buscador de datos – y ojalá de datos "normativos"– no amerita más discusiones: la ciencia del derecho o es ciencia de la política del derecho, o sea, preparación y colocación de las bases científicas de una concreta política del derecho, o bien, es estéril vanidad o engañosa ficción.”

Mauro Cappelletti

I. De la *construcción* de las categorías teóricas y su *vínculo* con la acción

Evidentemente, lo que pro-pongo aquí *no puede*, de manera inmediata ni directa, ser trasladado dogmáticamente. Esto, que puede ser una crítica espontánea de *los*¹¹⁴ juristas, que después de más de dos siglos¹¹⁵ en su mayoría están acostumbrados a manipular conceptos y categorías como *casas* (sustantivas), entrenados en el ejercicio exegético y sistemáti-

¹¹⁴ Nótese el uso del plural masculino de la tercera persona. Esto no es meramente caprichoso sino que tiene la intención de denunciar el carácter patriarcal que ¡también! la comunidad jurídica (en el sentido que Kuhn da a la “comunidad científica”) ostenta. Las crónicas de las luchas feministas dan perfecta cuenta de cómo el carácter misógino y gremialista de dicha comunidad ha tenido apartadas, relegadas e invisibilizadas las voces de las mujeres como voces incapaces de decir el derecho. Esto también da cuenta de muchos de los errores, atascos y peculiaridades de la reflexión jurídica. En el tiempo que nos ha tocado vivir, no sólo debemos enfrentar esta misoginia, sino aunarnos en los esfuerzos, significativos por lo demás, que se hacen para abrir la comunidad a la pluralidad de voces, de muchos tipos y desde diversos lugares.

¹¹⁵ No se puede pensar en una continuidad monótona, sino en un proceso muchas veces intrincado, otras más o menos nítido y luminoso; tampoco es algo exclusivamente moderno, aunque en estos dos últimos siglos ha tenido connotaciones particulares (Orestano, 1997: 243-369). Ni siquiera podemos suponer que sea algo completamente descartable, sino que tiene que ser revisado, criticado, reubicado (en el sentido de la *crítica superadora* de Hinkelammert, I-1990: 16.19).

co (dogmático) de textos legislativos, es, si se quiere, su mayor virtud: ahí radica su potencia crítica y heurística. ¿En qué sentido?

Por una parte, no se desdeña la técnica (en orden al procedimentalismo que exigía el positivismo) desarrollada por la Dogmática, en cuanto permite cuotas o grados de certeza y seguridad.¹¹⁶ En esa medida, también considero necesario y útil pensar una técnica adecuada para hacer la *traducción* de este nivel filosófico-político y ético-político a uno pragmático operacional. Pero, por otra parte, es lo cierto que la Dogmática no es suficiente¹¹⁷ para llevar a cabo esta tarea; por lo cual no puede sostenerse más el discurso de su autonomía, no sólo como neutralidad sino tampoco como tribunal *único* y exclusivo¹¹⁸ para determinar lo que es derecho en una determinada realidad socio cultural¹¹⁹. Tampoco la Teoría general puede quedar anclada en una epistemología de tipo positivista, weberiana y analítica, que se pretende exclusivamente descriptiva, con lo cual se recorta (no ingenuamente) el alcance de su función-potencia explicativa.

§ 14. El derecho no es un fin; el derecho es *útil* para la consecución de fines y esto le otorga ese carácter complejo, con su “momento pragmático” y su “momento reflexivo” (Orestano, 1997: 45 ss.), que se revela en la búsqueda de “operatividad”.

¹¹⁶ En realidad, la certeza y la seguridad son un aporte de la secularización que se plasma en el principio de legalidad. Pero es lo cierto que, desde mediados del siglo XIX y muy fuertemente en el siglo XX, la Dogmática ha copado prácticamente el horizonte cognoscitivo y práctico del saber jurídico, incluso subordinando, cuando no declarándolo inútil, el papel de la teoría general.

¹¹⁷ Desde una perspectiva en concordancia con la *ruptura epistemológica* de Bachelard (1972; 1973), o la *revolución científica paradigmática* de Kuhn (1971), estoy más inclinado a decir que ni la Dogmática ni la Teoría General de tipo normativista pueden dar respuesta a las nuevas exigencias y preguntas que se le plantean, tanto desde las demandas sociales cuanto de las inquietudes y avances teóricos que buscan superar la “crisis del derecho y crisis de la razón jurídica” (Ferrajoli, 1999). No pueden superar esta crisis porque ella aparece en el corazón del sistema –vieja y actual aspiración de juristas devotos del imperio de la Razón absoluta– que pretendió vanamente suplantar toda realidad. Sistema solipsista y autorreferencial que ahoga toda manifestación de exterioridad con lo cual, a su vez, se autoaniquila.

¹¹⁸ De cómo la historia de la ciencia es la constante instauración de tribunales que dictaminan qué es la verdad, véase el “Prefacio que invita al lector a no descuidar su lectura para penetrar en la intención de los autores y comprender la disposición de este libro” en Serres *et al.*, 1991: 18.19.

¹¹⁹ La postración (y su gran traición) de la teoría jurídica a las exigencias funcionales u operacionales de la Dogmática como discurso científico está fuertemente asegurada por la *función dogmática* que desempeña el sistema jurídico, en relación con el cual “somos no ya creyentes razonadores, sino creyentes subyugados, en el sentido de la ortografía siguiente: resonantes [Juego de palabras entre “raisonnant” (razonador) y résonnant” (resonador), juego de palabras que se pierde en la traducción (N. Del T.)]. Resonamos de la legitimidad, de una legitimidad cuyas formulaciones han variado pero que invariablemente declara en el modo retórico la justa causa a servir. La legitimidad normaliza, tal como lo sugiere la etimología latina, opera el encuadramiento de los sujetos humanos en el interior de un sistema” (Legendre en Mari *et al.*, 1994: 133).

“El rasgo común que está presente en todas estas manifestaciones [de la *scientia iuris*] creo que puede ser hoy útilmente expresado por la emergente expresión de «operatividad» (quizá no sin alguna reminiscencia escolástica: *operari sequitur ad esse y esse est propter operari*)./ Me parece cada vez más que el ser una actividad «operativa» constituye la característica esencial –*ab inmemoriabili*– de la tarea del jurista en torno a lo jurídico: «operatividad» en los cien matices de esta expresión, desde los más fuertes e inmediatamente destinados a producir efectos (la mente acude enseguida a muchas respuestas de una sola palabra: *potest*), a los más mediatos y teóricamente potenciales, sostenidos por sofisticadas y locuaces elaboraciones conceptuales./ La actividad del jurista está dirigida no al simple conocer, sino al conocer para «actuar» (Orestano, 1997: 364 –las cursivas y los entrecomillados son del original– y en el mismo sentido p. 413).

La teoría sólo puede *explicar* si tiene en cuenta el *conjunto de la totalidad de la experiencia*. La teoría no puede aprehender la totalidad de la experiencia, por eso debe asumirla *como* una totalidad, o mejor, como un *proceso de totalización*, por ende, ya que no es factible conocer la totalidad, el conocimiento *como proceso de totalización* es siempre abierto, provisional, en *rectificación* permanente –para utilizar una expresión con reminiscencias bachelardianas. En esa medida decimos que la *explicación* teórica es *comprensión-comprehensión* en un mismo acto. Asimismo, que la teoría sea explicativa comporta no solo una *descripción* (como configuración mental de una realidad: es *el punto de mirada*), sino una *prescripción* (como valoración – normativa – de los elementos que *pueden/deben* formar parte de esa configuración *des-cripta*: es el espacio-tiempo de *lo mirado*). Luego, no resulta válido el discurso de la neutralidad teórica, que ya es un abuso (un fuera de contexto) de la ley de Hume. En ese sentido, epistemológicamente hablando, una definición teórica, no sólo señala *categoremás* ni meras relaciones sintácticas entre conceptos, sino que es, *de suyo*, una propuesta política.

Por consiguiente, me importa conflictuar un poco las ideas sobre la Teoría general del derecho, sus funciones, la manera de construir sus categorías, sus pretensiones sistémicas, etc. Es importante si asumimos con radicalidad el hecho de que nos encontramos en un momento de ruptura epistemológica, o bien, de “crisis del derecho y de la razón jurídica” (Ferrajoli, 1999) y no nos resignamos a la parálisis que produce la perplejidad de un mundo en cambio. Por eso me interesa hacer tal revisión (auto)polémica en la órbita de lo que podríamos denominar el *pensamiento garantista*,¹²⁰ como una corriente

¹²⁰ Como hemos advertido anteriormente, no pretendo hacer una revisión exhaustiva de todas las corrientes del pensamiento jurídico – y vano sería que lo pretendiera –, sino ubicarme o posicionarme en (*algunos* de) los lugares donde entiendo que se pueden encontrar (*algunas* de) las claves para romper este bloqueo. Asimismo, no se trata de un mero ejercicio que con un espíritu de contradicción pretenda arramblar con los postulados de esta corriente doctrinal, que tiene en

actual que, si bien todavía minoritaria y en formación, pretende superar los obstáculos epistemológicos que lastran el desarrollo del pensamiento jurídico.

En ese sentido, Antonio Manuel Peña Freire apunta:

“... la teoría general del derecho (...) estudia los conceptos más generales o abstractos de los sistemas jurídicos, si bien este acercamiento al derecho no está desconectado de su realidad externa sino que debe ser completado con las aportaciones de otros saberes o estudios jurídicos. Sólo así será posible obtener una imagen completa y rigurosa de la realidad jurídica que evite, en todo momento, que los riesgos de la descontextualización conviertan a la teoría general en un saber inservible” (Peña Freire, 1997: 24).¹²¹

Esta es la conclusión a la que llega este autor (que en el trabajo citado sigue las tesis de Ferrajoli y desarrolla sistemáticamente el concepto de “garantía”), después de haber cuestionado la forma tradicional o más al uso de concebir la teoría general que – según él– ha provocado que el saber jurídico quede

“... asemejado a una ciencia exacta donde las estructuras e instituciones jurídicas serían neutras como las fórmulas matemáticas y donde los sistemas jurídicos serían simples formas instrumentales sin ninguna relevancia práctica de carácter social o político. El derecho sería instrumental para perseguir determinados objetivos y fines, cualesquiera que éstos sean, y sin que este dato incidiera en la propia realidad de lo jurídico ni en los procesos de conocimiento a él referidos” (Peña Freire, 1997: 21).

Ahora bien –debo decirlo–, concuerdo con su crítica y con la finalidad (lo presumo) que persigue, no así con el resultado en este punto particular.¹²² Es decir, considero que el autor comentado (Peña Freire) deja la cuestión casi en el mismo lugar de partida,

Ferrajoli a su máximo exponente; sino, más bien, se trata – desde mi sincera, pero no por ello exenta de errores – honestidad intelectual con la que adscribo en parte a esa misma corriente, asumir el reto y el compromiso con la *alerta permanente* que debemos mantener en la formulación de nuestro pensamiento. Es, de otro modo, una forma de hacerme cargo de mi propia adscripción teórica y por ello intento superar los límites que la razón sistémica le pone al garantismo. Por lo demás, lo que hago en este trabajo es solo una preparación (propedeútica) para el diálogo, de forma tal que aún cuando la motivación es buscar los pasajes para la traducción paradigmática con las propuestas del garantismo, eso es tarea pendiente que habrá que desarrollar en otro lugar y aquí solo lo apunto como perspectiva.

¹²¹ Esta definición busca completar la tradicional que sostiene que “... la teoría general del derecho pretende un acercamiento abstracto y formal al derecho que permita la elaboración de principios, conceptos y categorías comunes a los distintos sistemas jurídicos” (Peña Freire, 1997: 20).

¹²² En otro lugar *re-utilizaré* su propuesta sobre la garantía para establecer un vínculo con la de experiencia jurídica y la elucidación de la inversión ideológica.

pues, en definitiva, para superar la postración de la teoría jurídica acude al expediente de una especie de *agregación superior* (conforme a las metáforas de Ihering) que corresponde a la propia teoría general, mientras que habría una *agregación inferior* «con las aportaciones de otros saberes o estudios jurídicos». ¿Pero, acaso, esto no nos deja todavía en una visión de estudios compartimentalizados, cada uno de los cuales da una parte, un fragmento, de la «realidad externa»? La referencia a esa *externalidad* de la realidad («completad[a] con las aportaciones de otros saberes») respecto al derecho, ¿no lleva, acaso, a suponer algún fondo esencial, interno, en el derecho, comprensible sólo para el jurista? ¿Será esto, acaso, la manifestación de una vieja *aspiración de sistema*, que la Razón absoluta impuso con la pretensión de comprender y agotar toda la realidad? El hacer elisión del problema de la construcción o elaboración de los conceptos jurídicos (Orestano, 1997: 415-459), cuando dice que la teoría general «estudia los conceptos más generales o abstractos de los sistemas jurídicos», y a pesar de haber reclamado que el *modo* tradicional hiciera de la abstracción un dato que ni siquiera «incidiera en la propia realidad de lo jurídico ni en los procesos de conocimiento a él referidos», ¿no mantiene la ruptura (insostenible por cierto) del vínculo entre categorización y acción? ¿Estará detrás la idea de que la *realidad jurídica* es un *puzzle* (metáfora sistémica) y que los juristas estamos abocados a completarlo? Pero, ¿qué pasa con el hecho de que la *realidad jurídica*, en cuanto *objeto* del saber jurídico, es una construcción producto de la misma *función de categorización*¹²³ y, por ende, de la teoría jurídica? ¿No asentaría esto aún más la fractura, el alejamiento del saber jurídico de la realidad social (y del saber social) para terminar, entonces sí, «sin ninguna relevancia práctica de carácter social o político»?

Esta situación me aumenta el *malestar* y quizá no pueda responder a las mismas preguntas o problemas que formulo a esa posición de Peña Freire. Pero el *malestar* se mantiene, por eso debo tomar una bifurcación e intentar una vía alterna.

Tal como ha quedado visto, el material con el que laboramos en la comunidad jurídica es un *material lenguajero*, es discurso. En cuanto discurso puede ser más lo que oculta (*aún diciendo*) que lo que dice (*aún sin decir*); es material huidizo, en constante transformación (*a veces para no cambiar nada*) y otras dando la impresión de estabilidad y quietud (*cuando interna o subterráneamente está mutando hasta llegar a la ruptura*); que se multiplica y se reduce, unas veces en momentos distintos (*diacrónico*) y otras veces ambas cosas al mismo tiempo

¹²³ Sobre el proceso de categorización (técnico-evaluativa), véanse: Hinkelammert, I-1990: 231 ss.; Dussel, 1998: 93-106.

(*sincrónico*).¹²⁴ Pero, por esa condición de discurso está siempre referido (*íntimamente vinculado*) al ámbito de la acción (*humana*).¹²⁵ Asimismo, en el discurso jurídico podemos distinguir, si el afán es de sistematicidad, diversidad de planos de análisis (y *sólo* para los fines del análisis): teórico, ético-político, histórico-sociológico, dogmático-jurídico, etc., pero esto sólo a cuenta de que no se pretenda que están separados, aislados, como capaces de autocomprenderse, sino en un juego de íntimas y básicas interacciones, interconexiones, imbricaciones, dada la “unidad del conocimiento jurídico”.¹²⁶

§ 15. Una *cuestión biográfica* no menos influyente en esta discusión: En Latinoamérica, región que se inscribe en el marco de la tradición del derecho europeo-continental, dada la historia de la formación de las universidades, sus particulares condiciones sociales y económicas, salvo excepciones, la comunidad jurídica está formada por abogados y abogadas, jueces y juezas, académicos y académicas, legisladores y legisladoras, etc. Es decir, por una cuestión existencialmente operativa, no hay una distinción entre los distintos operadores jurídicos más que aquella funcional o pragmática que termina por ser nuestro *modus vivendi*.

En la mayoría de los casos, quienes laboramos con el derecho, hemos tenido una formación universitaria similar o unificada; no es sino recientemente, en las últimas décadas, que se han impulsado las Escuelas judiciales, pero no para sustituir la formación universitaria, sino para completar el aprestamiento, muchas veces técnico-burocrático de quienes derivan hacia las funciones vinculadas a los Poderes Judiciales. La dedicación académica, salvo excepciones (como dedicación exclusiva es posible, casi siempre, sólo después de una trayectoria, normalmente larga, en la actividad forense), está compartida con las funciones forenses. ¿Qué quiero poner de relevancia con esto? Que la “unidad del conocimiento jurídico” (Orestano, 1997: 359 ss.) está dada, aún a contrapelo de la opinión común, por la misma *situación de existencia* de quienes operamos con el derecho. Asimismo, la antigua discusión entre teóricos y prácticos no se podría plantear, al menos en los mismos términos, y

¹²⁴ “De la misma manera, ninguna ciencia permanece única, reconocible y coherente, ni siquiera a mediano plazo, a lo largo de un periodo que ella misma bifurca y hace fluctuar. La razón dentro de la historia científica se asemeja, pues, a una ingenuidad” (Michel Serres en Serres ed., 1991: 12).

¹²⁵ Téngase en cuenta las siguientes referencias: sobre la *alternancia* entre discurso – praxis: Foucault, 1988; sobre la *articulación* teoría – práctica: Hinkelammert, I-1990: 231 ss.; sobre el carácter práctico-operativo del derecho y de la actividad del jurista: Orestano, 1997: 364 ss.; sobre el carácter discursivo del derecho: Orestano, 1997: 415 ss.

¹²⁶ Al respecto dice el profesor Orestano: “[si] existe una realidad no «aislada» ni «aislable» y, mucho menos autónoma, es la del derecho, o como quiera llamarse: una realidad en que se refleja entera la historia de cada formación y de cada experiencia./ Hay que evitar por consiguiente, además de los «aislamientos» y las «autonomías», las pretensiones de llevar a cabo –en lo vivo de cada experiencia– la separación de lo que se considera «jurídico» de todo lo que muy fácilmente y con mucha frecuencia se denomina «metajurídico» o «prejurídico» y que concierne, en cambio, a las motivaciones que caracterizan desde lo profundo las experiencias jurídicas concretas” (Orestano, 1997: 459 –los entrecomillados son del original).

aunque sea cierto que la mayoría una vez terminada su formación universitaria pocas veces se interesan por mantener una formación permanente, ni por abocarse a una reflexión sobre su propio trabajo.

De este modo, decir “jurista” en Latinoamérica supone a un sujeto cognoscente-actuante-práctico, normalmente vinculado o comprometido en la acción política (en sentido amplio), que desempeña o realiza una actividad forense (abogadil, judicial, administrativa, etc.) y que *no puede* (por ende, *tampoco debe*) –y aunque pretenda y crea que lo hace– separar ni hacer abstracción de esa (*su*) *condición* en artilugios analíticos, lo cual no le resta rigor sino que es sólo su forma particular de acceder y constituir su “experiencia jurídica”.

Al respecto, dice Orestano:

“La actividad del jurista está dirigida no al simple conocer, sino al conocer para «actuar»./ / Que es, por consiguiente, lo que los juristas –más o menos conscientemente– han hecho siempre y hacen, incluso aquellos cuyas ideas y cuyos razonamientos están, en apariencia, muy lejanos de ocupaciones, como se suele decir «prácticas» (y a condición de que vengan de juristas que sean o que se sientan tales)./ En el «hacer» del jurista, el «momento operativo» y el «cognoscitivo» están compenetrados en una incesante interacción y recíproca actividad./ No es posible –en mi opinión– atribuir un valor primordial a uno de los dos. Concurren y se identifican con el fin último de toda actividad del jurista: «conocer para operar, para actuar en la práctica, y operar, actuar en la práctica, conociendo» (1997: 364-365).

Estas bellas y contundentes palabras no requieren comentario; pero si para algo sirve (y ya con Bachelard dijimos que cualquier análisis es autoanálisis), debo decirlo, no hay mejores para interpretar mi propia experiencia, poca e insuficiente, como jurista, pero llegando a ser y sentirme tal a través de una práctica concreta, principalmente como abogado (y también, por la peculiaridad de la organización profesional en mi país, como notario y, en un breve lapso, como apoyo judicial), alternando como facilitador comunitario y retroalimentando la acción docente-académica, todo lo cual me sirve de motor y alienta una reflexión que busca interlocutores/as y se gesta ante las necesidades inmediatas de esa práctica, donde se ve un camino para la reflexión.

Esta bifurcación lleva a considerar la relación de las categorías y definiciones teóricas de la reflexión jurídica con la acción. Al respecto, desde una posición más bien analítica, Ferrajoli ha dicho que las definiciones teóricas son “formales”, pues ellas

“[se] limitan, más bien, a identificar las relaciones sintácticas que unen los distintos conceptos, estableciendo, por ejemplo, que una «norma» es toda regla general y/o abstracta producida por un acto jurídico, que es «válida» cualquier norma que respete las normas so-

bre su producción, que es un «acto jurídico» cualquier comportamiento al que una norma asocie un efecto jurídico, que es un «delito» cualquier comportamiento previsto por una norma como presupuesto de una pena y así sucesivamente” (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 144 – los entrecomillados son del original).

Pero suponer que las definiciones teóricas *sólo* « [se] limitan... a identificar las relaciones sintácticas que unen los distintos conceptos», ¿no se estaría obviando la función que realizan las definiciones las cuales, en el acto mismo de definir, identifican¹²⁷ la *relación pragmática* que une los conceptos con la acción?¹²⁸ Esto –hay que apurarse en decirlo– no supone una idea esencialista, sino que doy por sentado que las palabras y los conceptos y nociones que con ellas se construyen no tienen ninguna relación *esencial*, sino sólo *convencional* o arbitraria, con las cosas o acciones que designan; pero en virtud de ese carácter convencional es que hablamos de la relación pragmática entre conceptos y acción.

En ese sentido, acepto que las definiciones teóricas identifican «las relaciones sintácticas que unen los distintos conceptos»; pero, además, en la medida que ellas suponen una «transposición de la realidad» (Orestano, 1997: 416), detrás de esta instancia reflexiva que es el *sujeto cognoscente*, o como su base, aparece la acción de un *sujeto actuante*.¹²⁹ Tam-

¹²⁷ Me arriesgaría a decir algo más: no sólo identifican sino que prescriben (normativamente) esa relación. En todo caso, “[las] categorías del pensamiento teórico se derivan de los límites de la acción y, por consiguiente, estos límites de la acción determinan las formas del pensamiento. De este modo, las ciencias empíricas [¿acaso está exonerada la ciencia jurídica?] no pueden hablar siquiera de la realidad sin implicar la acción humana sobre esa realidad como su referencia de verdad; por esta razón, son antropocéntricas y subjetivas” (Hinkelammert, I-1990: 231).

¹²⁸ También es cierto que más adelante, el mismo Ferrajoli se encargará de visibilizar este vínculo, pero no como parte del quehacer teórico, sino en los otros niveles de análisis que distingue. Por otra parte, el insistir en ver en el nivel teórico *sólo* relaciones sintácticas, ¿no entra en contradicción con la misma fuerza de su propuesta de derechos fundamentales, que en sus consecuencias lo lleva más allá de esa fidelidad epistemológica? Esto por cuenta de su respuesta a Mario Jori sobre este punto (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 144 ss.), la que si bien resulta muy hábil y casi preciosista (todavía más, dentro del ámbito estrictamente analítico, incontrovertible), deja insatisfecha la *duda*. En ese sentido, lo que intento hacer aquí es como consecuencia del mismo pensamiento de Ferrajoli (aunque pudiera ser a su pesar), es decir, intento evidenciar o alertar sobre lo que podemos denominar los *gérmenes* de una deriva formalista.

¹²⁹ Las ideas de “sujeto cognoscente”, “sujeto actuante” y “sujeto práctico”, como instancias o dimensiones del sujeto (humano, vivo) están tomadas de Hinkelammert, I-1990: 231 ss, (capítulo VI: “Leyes universales, institucionalidad y libertad: el sujeto humano y la reproducción de la vida real”); asimismo, la revisión que hacemos a continuación sobre la construcción de las categorías teóricas, el uso de conceptos universales, la elaboración de la realidad jurídica como empiria, etc., sigue esos mismos análisis. El análisis que hace Hinkelammert es sobre el proceso de categorización de las ciencias empíricas que se vierten en tecnologías. Por eso, visto el entramado que se da entre ciencias naturales y ciencias sociales, humanas o morales, particularmente implementado desde el siglo XIX por imperativo del capital, cuando unas y otras se vieron hipotecadas al positi-

bién he dicho que la elaboración de conceptos, nociones, etc., está en función de su operatividad, de su *utilidad* para conseguir fines, pero ello se hace sólo en un contexto específico en el cual el sujeto cognoscente-actuante se enfrenta con la limitación de medios para realizar fines; además, en la articulación que hace de su conocimiento en función de esos fines revela su dimensión como *sujeto práctico*. En esa medida, la relación sintáctica también aparece *sujeta* o *mediada* por las *condiciones* de ese sujeto práctico (v.g., el jurista y la jurista). Hacerse cargo de esta situación es completar el *recorrido secularizante* en una concepción *convencional* del derecho.¹³⁰

De otro modo, cuando el mismo Ferrajoli sostiene que:

“[los] conceptos de la teoría del derecho son construidos por el teórico sobre la base de *definiciones convencionales*, más o menos adecuadas según su alcance empírico y a su capacidad explicativa y, sin embargo, independientemente (...) de lo que prescriben las normas de los distintos sistemas de derecho positivo” (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 143-144 –las cursivas son del original),

podría estar dando cabida a una perspectiva distinta sobre la teoría general, y esto aún sin –al parecer– darse cuenta de ello.

Nuestro autor dice que las “definiciones convencionales” con las que se construyen los conceptos de la teoría general son “más o menos adecuadas¹³¹ según su alcan-

vismo cientificista y aspiraban a ser empíricas, ese análisis comprende el conjunto de las ciencias, por ende, el campo de la reflexión jurídica.

¹³⁰ Por ejemplo, la convencionalidad/arbitrariedad que revela la cópula «es» en la relación «norma» - «regla general producida por un acto jurídico», está dada por la acción (valoración-decisión) del sujeto que estipula, esto conforme a su condición, y aparece reforzada por la acción implicada en el verbo «producida» que subjetiviza la relación entre «regla general» y «acto jurídico».

¹³¹ En su *lectura* de la tesis garantistas, Peña Freire, entendería esta «adecuación» en el sentido de que “no significa que los conceptos jurídicos deban transformarse en sociológicos, económicos, morales, biológicos o naturales, tampoco significa que los conceptos jurídicos deban adecuarse de modo necesario a las exigencias humanas, pero de ningún modo significa aislamiento o desconexión respecto de estos referentes externos. Adecuación significa sólo que existen mecanismos dispuestos por el sistema para la transformación conceptual de cada problema del entorno al propio sistema jurídico” (Peña Freire, 1997: 32-33). Esta apreciación la hace con base en una consideración sistémica del derecho (sistema-entorno) rectificadas con la tesis de la apertura cognitiva que «permite que queden vigentes las posibilidades explicativas del funcionamiento del sistema jurídico y la utilización del instrumental técnico y teórico de la teoría de sistemas para el análisis de los fenómenos jurídicos o sociales sin necesidad de asimilar el trasfondo ideológico de esta teoría, profundamente conservador» (Peña Freire, 1997: 32). Aparte de esa particular lectura, que me parece coherente con la perspectiva adoptada por Peña Freire, independientemente de que la pueda suscribir o rechazar, lo que quiero poner de manifiesto es ese intento de hacer una lectura de las tesis del garantismo desde una perspectiva diferente a la estrictamente analítica de Ferrajoli.

ce empírico”; pero, ¿cuál es la empiría a la que se refiere? No tengo dudas en creer que se trata de la empiría que elaboran los juristas y las juristas: la *realidad jurídica*. Pero esa *realidad jurídica* es de suyo una elaboración que se hace mediante conceptos, que son el único medio que tiene la comunidad jurídica para expresar su experiencia, ya sea la “experiencia jurídica” o cualquier experiencia (Orestano, 1997: 409-414). Esta construcción o elaboración de conceptos y definiciones (de teoría jurídica) se hace recurriendo siempre a *conceptos universales*,¹³² en la medida que es un sujeto cognoscente-actuante que aspira a conocer la realidad para operar en ella; mas en esa aspiración se descubre limitado para hacerlo dado su arraigo a una (*su*) particular experiencia, por ende, se ve limitado al conjunto de los hechos que puede experimentar, que es siempre “un número finito parcial de casos observables” (Hinkelammert, I-1990: 234). Es decir, la realidad le trasciende y para comprenderla, recurre a esos conceptos universales que son, en definitiva, “instrumentos de búsqueda de esta realidad trascendente” (Hinkelammert, I-1990: 234).

Por consiguiente, aún cuando nos limitáramos, como dice Ferrajoli a «identificar las relaciones sintácticas que unen los distintos conceptos» (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 144), siendo que la trascendencia de tales conceptos (que se pretenden) generales y universales es impulsada-provocada por la trascendencia (anterior-posterior) de la realidad (Hinkelammert, I-1990: 234), no estamos *únicamente* estableciendo una relación formal que sería comprendida por la lógica, sino que estamos describiendo o identificando *también* una relación práxica, que vincula al sujeto cognoscente-actuante-práctico con *su* realidad y en la que aspira actuar, que es siempre realidad subjetiva, histórica (Ellacuría, 1990), por ende, parcial aunque él o ella pretenda o aspire a la totalidad.

Asimismo, la “capacidad explicativa” de las “definiciones convencionales” con las que el teórico y la teórica del derecho construyen los conceptos remite (todavía en sede analítica) a una función de conocimiento con “alcance empírico”. Pero,

“los conceptos universales no son conocimientos sino un instrumental de éste. Al conocimiento empírico llegamos recién cuando formulamos teorías generales o leyes universales, lo que presupone los conceptos universales” (Hinkelammert, I-1990: 236).

Ahora bien, llegamos a esas teorías generales por razón de la acción humana y en la medida que esta es limitada, finita, en virtud de lo cual los conceptos elaborados tienen

Desde esa perspectiva es que el diálogo puede volverse fructífero, pues otro tanto es lo que pretendo hacer aquí, aunque como se ve no desde posturas sistémicas.

¹³² Quizá aquí encontremos un punto de conexión con la insistencia de Ferrajoli en la *universalidad* como formalidad estructural de los que denomina “derechos fundamentales”. Por otra parte, esta pretensión de universalidad es lo que, como el mismo Ferrajoli reconocería (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 143-144), los hace conceptos teóricos y no dogmáticos.

que ponerse en respectividad con los *principios de imposibilidad* de esa misma acción. En ese sentido, concluye Franz J. Hinkelammert:

“Por otra parte, a tales teorías generales arribamos tan sólo si formulamos principios de imposibilidad de la acción humana, y no simplemente del conocimiento. En efecto, las teorías generales recién pueden aparecer cuando la acción humana sobre la realidad es enfocada como objeto del conocimiento; apoyándonos en conceptos universales, deducimos entonces, de tales principios de imposibilidad de la acción humana, como el otro hecho fundante, las teorías generales” (Hinkelammert, I-1990: 236).

Los principios de imposibilidad alumbran teorías, a la vez, permiten elucidar la *posibilidad* de la acción humana. Para lo que interesa en este trabajo respecto de una sensibilidad de derechos humanos, bien podría decir que estos principios de imposibilidad que descubren posibilidades (de proyectos de vida, de humanización) son derechos humanos. La posibilidad de un proyecto de vida humanizador (derechos humanos) solo puede conocerse a partir de la negatividad fáctica que se constata en la realidad social, es decir, surge como grito de una situación en la cual no se “respetan” derechos humanos. Esta situación de negación está generada por una trama de relaciones sociales contraria al criterio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana; se trata de una trama que niega las posibilidades de articular proyectos de vida humanizadores. Pero, desde el orden que produce esa negatividad, la realización de acciones conforme a derechos humanos (que es la construcción de una trama social que haga posible la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana mediante la articulación de proyectos de vida humanizadores)¹³³ es entendida y se la declara como *utópica*, por lo tanto, como imposible; a la vez, ese mismo orden se declara como “el mejor de los posibles”.

Sin embargo, la negación de estas acciones que generarían modos de vida conforme a proyectos de vida humanizadores resulta insostenible para cualquier poder. Para desbloquear esta situación, Hinkelammert nos advierte sobre la necesidad de discernir cuál sería “el mejor orden”, la mejor sociedad posible. Esto solo se puede hacer si pensamos o concebimos “la mejor sociedad que se pueda pensar”; esta es una *utopía*. Utopía remite a lo imaginable pero imposible de realizar fácticamente, al punto que aún cuando toda la humanidad estuviera de acuerdo en actuar para alcanzarla no se lograría realizar. Sin embargo, es respecto de esa mejor sociedad imaginable, la cual es imposible, que

¹³³ En la propuesta de Ferrajoli (1999; 2001) sobre “derechos fundamentales” parece que esta vinculación de los conceptos formales, universales o teóricos, como los que estipula, con la acción humana todavía falta o al menos no se hace explícita. Por eso digo que intento discernir una vía garantista más allá de su postulación analítica original.

recién podemos discernir cuál es la mejor sociedad posible, inclusive –parafraseando a Hinkelammert– así obtenemos orientación y sentido para lo que se puede hacer.¹³⁴

Por lo demás, en materia de derechos humanos no estamos ante un proceso que describa *acercamientos asintóticos* que nos llevarían a estar en algún momento más cerca (o más lejos) de lograr la realización (absoluta o perfecta)¹³⁵ de tales derechos humanos que harían “la mejor sociedad imaginable”, sino que se establece una *relación transversal* entre utopía y realización histórica; esta relación es *insuprimible*. Efectivamente, el intento de suprimir esta diferencia o relación transversal y sustituirla por la *ilusión* de una relación asintótica es el germen de los totalitarismos (teleológicos o utopistas). Cuando esta diferencia o relación transversal entre lo que se imagina (que es fácticamente imposible) y lo que realmente se hace es sustituida por la *ilusión* de una relación asintótica (de progresivos acercamientos) se instrumentaliza toda la relación en función de **legitimar** lo que se cree hacer (realizar derechos humanos, alcanzar “la mejor sociedad”) y **oculta** lo que en realidad se hace: establecer un orden que una vez instituido siempre buscará su perpetuación; en ese caso, derechos humanos devienen mero *discurso de legitimación* (Hinkelammert, II-1990: 155-161).

Pero precisamente en ese punto, cuando vemos lo que *no se puede* realizar (principio de imposibilidad) recién podemos discernir y decidir aquello que *sí se puede* realizar, y lo que podemos realizar es aquello que se hace conforme a los principios de posibilidad (tecnológica) y factibilidad (técnico-material) que le dan su medida concreta a esa (cualquier) acción (Hinkelammert, I-1990: 231-242; Dussel, 1998: 258-280). Todavía más, si nos quedáramos en este punto podríamos dejar abierta una puerta para la *desmesura* y considero que esa es una –espero que también la única– puerta que debemos cerrar. Veamos.

¹³⁴ Esto mismo se puede decir de todo el derecho, aún de aquel legislativamente positivizado, pues, cuando un derecho resulta positivizado, lo que tenemos es, en realidad, por una parte, la formulación de una orientación para la conducta (principio regulativo) y, por otra parte, un criterio para juzgar la conducta efectivamente realizada. En ese sentido, dado el componente utópico (generalmente escamoteado de todos los análisis) del derecho (de donde podemos extraer también su potencia emancipadora), éste no se realiza (o se deja de realizar) sino que se realizan acciones (conductas) *conforme a* (o contrarias a) derecho.

¹³⁵ La realización absoluta o perfecta produciría “la mejor sociedad imaginable”, pero esto es imposible (utopía). No obstante esa imaginación opera regulativamente respecto de la acción posible. Podemos pensar, por ejemplo, en una sociedad que fuera absoluta o perfectamente justa, o libre, o educada, o solidaria, etc., más tal tipo de sociedad está fuera del alcance de lo que se puede hacer, inclusive si toda la humanidad se pusiera de acuerdo en pretender alcanzar esos objetivos, habida cuenta de la contingencia histórica en que se inscribe toda acción y la imposibilidad de controlar todos los posibles efectos indirectos de esta. Mas la imaginación de una sociedad perfecta sí puede orientar y dar sentido a los proyectos, contingentes, sociohistóricamente posibles y factibles.

Lo que *se puede* realizar no siempre *se debe* realizar. Ese postulado puede ser sustentado por aplicación de la ley de Hume, en la medida que no *debemos*¹³⁶ derivar de juicios fácticos (de *ser*) otros normativos (de *deber ser*). Pero también puede ser criticado porque incurre en la misma falacia naturalista que dicha ley denuncia, ya que al introducir la expresión “no siempre”, que en activa se leería como “algunas veces sí”, parece que hace la derivación de juicios proscrita. Entonces, ¿en qué quedamos?

1. En primer lugar, debemos tener en cuenta que nos encontramos en un terreno existencialmente comprometido: en el ámbito de la *eticidad*, del cual se ha escamoteado el derecho o se lo ha pretendido desplazar en nombre de su liberación de fundamentaciones y vínculos esencialistas o naturalistas, generalmente de orden metafísico o teológico y en virtud de su predicada convencionalidad. Pero es que la ética misma debía haber pasado por ese proceso de depuración y no dejarla abandonada como reliquia y reducida al campo de la mera moralidad individual, en la medida que ella habla de la vida (humana y no humana).
2. En segundo lugar, la *vida*¹³⁷ –esa de la que decimos que habla la ética– no puede ser entendida ni como el fragmento que me toca individualmente (por eso aquí “vida” no es el concepto de la tradición existencialista, ni aunque se lleve a un nivel colectivo), ni como un producto exclusivo de la evolución biológica (tampoco “vida” tiene esa connotación exclusivamente biológica y físico-química), ni mucho menos un sentido maniqueo de cierta esfera de la existencia o condición humana que se encuentra más allá de su condición biológica (por eso no es “vida” como espíritu abstracto, *gnosis* o alma). Aquí *vida* se asume como fruto de ese proceso histórico de realización y superación de cada una y todas las *notas distintivas* de los seres vivos (Ellacuría, 1990), particularmente los seres vivos que son los humanos y las humanas, cuya vida se da sólo en la *respectividad/relacionalidad* de cada una y todas esas notas, por ende, en la respectividad misma de cada uno

¹³⁶ Al fin y al cabo se trata de una ley, aunque ley del razonamiento correcto es siempre una ley (normativa), por ende convencional. O ¿es que hay unas leyes convencionales y otras que no lo son? Si fuera así ¿dónde quedaría el principio de secularización en ese caso? (Bourdieu, 1999: 126). Incluso las llamadas “leyes naturales” no son más que marcos explicativos (trascendentales) de los fenómenos naturales. La ley de Hume, más allá de su pertinencia innegable y utilidad cierta, una vez sacralizada ha pendido como una amenaza frente a todo intento de pensar alternativamente. En un sentido similar, Einstein ha afirmado: “En cuanto uno se familiariza con la crítica de Hume, puede fácilmente verse inducido a creer que todos los conceptos y proposiciones que no pueden deducirse de la materia prima sensorial deben eliminarse del pensamiento por su carácter «metafísico», pues un pensamiento sólo adquiere contenido material a través de su relación con ese material sensorial. Considero totalmente válida esta última proposición, pero sostengo que la norma de pensamiento que se basa en ella es falsa. Pues nos lleva (si se aplica coherentemente) a rechazar por completo cualquier género de pensamiento por «metafísico»” (Einstein, 2000: 20).

¹³⁷ Para la idea de “vida” como realidad histórica que es el sentido en que la asumo aquí, véanse Ellacuría, 1990; Dussel, 1998; Maturana & Varela, 1999.

de esos seres vivos y sus colectivos. Y vida humana, en particular, como productora de realidad, de realidad histórica que hace humana (o inhumana) esa vida.

3. En tercer lugar, con los procesos de secularización se vino a entender que la realidad, en sentido amplio, no tenía *fundamento externo*¹³⁸ (contra las ideas ontologistas y teológicas, véase Gallardo, 2000; 2006). Mas con el proceso de reduccionismos propio de ese “envanecimiento cientificista” (Orestano, 1997) sufrido desde el siglo XIX y hasta el XX, en virtud de una especie de falacia de composición en la que se toma la parte por el todo, se vino a entender que no habiendo fundamento externo, no había ningún fundamento. Pero eso lo que le hacía era el favor a una lógica muy precisa que se imponía: el capital requería verse liberado de los juicios éticos, para expandir sus mercados y activar los dispositivos de la eficiencia. Por esta razón –como he señalado más atrás–, se pretendió que se lo liberaba de los juicios morales, de carácter individual y muy cercanos a las concepciones religiosas, previa reducción de la ética a mera moral individual. Es la misma razón por la que se dio la separación liberal entre derecho y moral.
4. En cuarto lugar, la razón sistémica, que ha pretendido colonizar el ámbito de los saberes y los mundos de vida, busca y necesita estabilidades; por eso su visión es estática y cual Medusa tiende a petrificar todo lo que ve y que ha sido atraído hacia ella por su belleza. En ese sentido, el *fundamento* y el *fundamentar* siempre se han visto en su función estabilizadora, institucionalizante, y no en su dimensión activo-constructiva, como aquello que permite edificar una y otra vez, admitiendo pluralidad de posibilidades e inclusive rechazando algunas como incoherentes (potencia crítica). Por ese motivo, algunas tradiciones críticas también han atacado todo intento de fundamentación, pero sin percatarse de que lo que estaban conflictuando era una *imagen* que la razón sistémica producía y con ello, paradójicamente, la dejaban incuestionada.

Visto eso, puedo apuntar que la inexistencia de un fundamento externo no supone la inexistencia de *algún* fundamento de las particulares construcciones de realidad,¹³⁹ particularmente la realidad o experiencia jurídica. Todavía más, en la medida que, en térmi-

¹³⁸ Se trata de la idea de la “contingencia cósmica”, según la distinción que hace Agnes Heller, 1999: 15-32. Por otra parte, en el *Interludio* que ponemos a continuación se discute el problema del fundamento a partir de la polémica que generó Norberto Bobbio con su ponencia “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”. Para una crítica a las tesis de Bobbio sobre lo innecesario de la fundamentación véase Gallardo, 2000; 2006.

¹³⁹ La misma Agnes Heller ha señalado que “la conciencia de la contingencia cósmica es histórica y nuestra conciencia histórica presente es pluralista”, de ahí que para esa misma consciencia es posible “tanto la aceptación como la negación de la contingencia cósmica, siempre y cuando ellas tomen formas modernas” (1999: 23).

nos generales, *realidad relevante*¹⁴⁰ sólo se predica de la realidad histórica, por ende, de la realidad construida y que construye humanidad, aparece entonces la vida humana como el *criterio* que juzga sobre toda acción: lo que produce, reproduce y desarrolla la vida, o lo que la degrada y aniquila. No se trata, entonces, de ninguna “esencia” o “naturaleza humana” pre-social, ni es alusión a valores, como “dignidad” (Gallardo, 2006: 9) concebidos fuera del circuito de relacionalidad y respectividad sociohistórica, sino de una densidad cultural que promueve (y es promovida por) las luchas sociales para producir, reproducir y desarrollar la subjetividad material de la que podemos predicar que es vida humana en plenitud. Por consiguiente, la acción, asumida como lucha social “queda determinada de esta manera como fundamento [de la realidad social] y matriz de efectividad de derechos humanos” (Gallardo, 2006: 9). Estamos, por tanto, ante un dato susceptible de ser sometido a control empírico, por ende, se trata de un juicio fáctico.

Algún interlocutor atento, de estirpe relativista, podría objetar inmediatamente que ese control pudiera hacerse ya que el criterio que sirve de “medida” (estamos siempre en el *tempo* de las ciencias) puede variar de un colectivo o grupo social, étnico, generacional, etc., a otro distinto. Por ejemplo, lo que es “vida” para un integrismo dualista y maniqueo no corresponde a “vida” en las concepciones más objetivistas o sensualistas, así como lo que se comprende como “lucha social” para un movimiento social de emancipación o revolucionario no es igual que en las visiones funcionalistas del equilibrio social. Pero, el criterio que se propone, en su construcción habla de “respectividad” (Ellacuría, 1990) y “relacionalidad” (Gallardo, 2006), por lo cual denuncia las parcialidades sesgadas ideológicamente de las visiones que pretenden “una posición de dominación exclusiva” (Heller, 1999: 23) a la vez que se recompone en su encuentro con otras visiones (*v.g.*, la re-visión del diálogo intercultural –Fornet-Betancourt, 1994); es decir, acepta el carácter contextual de las dimensiones que adopta el mismo criterio, pero mantiene su universalidad como base de cualquier, inclusive, relativismo o integrismo. Asimismo, de modo pragmático, el criterio que postulamos se condice con el principio democrático, en el punto que este señala los límites de *lo decidable* y *lo indecible* (Ferrajoli, 1995: 857-868; 1999: 23-25.50-55; en Ferrajoli *et al.*, 2001: 35-40), o sea, no abdica de la exigencia del juicio y pone como límite la vida (humana y no humana) de seres concretos, vivos, necesitados.

¹⁴⁰ *Realidad relevante para la vida humana...* esta es una manera simplificada de señalar que tratamos con la realidad histórica como única realidad a la que tenemos acceso. No es una reducción de la idea de realidad, sino una *especificación significativa* en función de la vida (humana y no humana), pues se trata de la realidad de la que nos hacemos cargo (Ellacuría, 1990). Asimismo, al ámbito de esa realidad histórica es a la que corresponde el derecho y su realidad jurídica, así como cualquier intento o propuesta de fundamento, pues “el fundamento posible (...) sólo puede buscarse en la historia que, precisamente, aniquila cualquier forma posible de fundamento [externo]” (Bourdieu, 1999: 126).

Pero esto todavía no nos dice que *debemos* optar por una cosa o por otra: producir, reproducir y desarrollar la vida o degradarla y aniquilarla. Decir lo contrario sería, por un lado, incurrir en la *falacia naturalista* y, por otro lado, también una especie de discontinuidad con la concepción de la contingencia cósmica si asumimos esa “vida” como *algo en sí*, dado de manera completa y absoluta, presto a revelárenos en cualquier momento y por lo cual hay que preservarla (alguna forma de vitalismo), lo cual calzaría aún en la concepción moderna de la historia mientras esa idea no pretenda “una posición de dominación exclusiva” (Heller, 1999: 23).

Sin embargo, considero que la idea sustentada (*vida de los sujetos humanos sociohistóricamente producidos mediante la acción/lucha social, como fundamento de su realidad social*) puede superar esos peligros. Toda vez que la vida a que hago referencia no es la “cosa en sí” kantiana, que marca una finalidad, un sentido, ni siquiera como carencia de sentido que hay que ir otorgando en el supuesto de que estuviéramos *orientados y compelidos* a ella, carece de sentido tanto decir que estamos abocados a la vida como decir lo contrario. La vida, entonces, no es un fin; tampoco es un programa que se cumple o en el que se fracasa. Tampoco la vida es una especie de sistema completo y absoluto al estilo hegeliano, ni solipsistamente cerrado y autista al estilo de “sistémicos” de última ola. Simplemente –no por simple, deja de ser lo más importante– es la *condición* para cualquier situación (acción, evento, etc.) que esté dentro de los marcos de la realidad histórica, por ende se aviene con la contingencia histórica. Se trata, pues, de aceptar la vida como *finitud* (aquí aparece el principio de imposibilidad de la acción) que se abre a su *respectividad* (Ellacuría, 1990), con lo cual no solo descubre sus propios límites sino sus posibilidades (principio de posibilidad -Hinkelammert, “La rebelión en la Tierra y la rebelión en el Cielo: el Ser Humano como Sujeto” en Sánchez; Herrera Flores & De Carvalho, coords., 2002) dentro de una trama de relacionalidad(es) (Gallardo, 2006) en la que se disciernen las posibilidades de la acción.

Por lo anterior, disiento de la posición de Agnes Heller cuando dice:

“En lo que concierne a la contingencia social, es más bien la infinitud de nuestras posibilidades iniciales, la libertad como nada, aquello que hace que los hombres y mujeres modernos tiemblen de manera radical. Respecto de la contingencia social, no hay ninguna “cosa en sí misma”. Uno sabe que ha sido arrojado a la libertad, que la vida propia no tiene ninguna destinación prefijada, que uno es, o se supone que es, el dueño del propio destino. Aquello que no se conoce es precisamente el propio destino” (Heller, 1999: 40).

La autora adopta la visión sartreana de la libertad como lo que hace que el ser humano sea; la libertad como condena y una libertad que está en la base de todo lo que hombres y mujeres pueden hacer (Heller, 1999: 33). Así, es la libertad como presupuesto

y condición para llegar a ser, aunque lo que descubramos es que somos *Nada*, por eso la utilización de la metáfora “estar arrojado a” la libertad.

El disenso que planteo, en específico, es respecto de las ideas de infinitud como experiencia primera y de libertad como punto de partida. Cuando la autora habla de “la infinitud de nuestras posibilidades iniciales”, es lo cierto que se refiere a la cancelación del determinismo del “accidente de nacimiento” (Heller, 1999: 33-34) con lo cual concuerdo; aunque no por no tener ese “accidente de nacimiento” podemos obviar la constrictión inapelable de determinar lo que pueda ser nuestra vida, sino que esto ha de tenerse como un elemento más en el proceso de construcción de nuestras vidas. Es decir, no podemos hacer abstracción de las condiciones coyunturales y contextuales en que realizamos nuestras vidas, aunque ellas no signifiquen modernamente un “accidente de nacimiento” pues no nos determinan. Asimismo, antes que la conciencia de esa “infinitud de nuestras posibilidades iniciales”, lo que aparece es la *finitud* de nuestra vida (para lo cual también es irrelevante el “accidente de nacimiento”) como proceso global; es decir, aparece siempre un límite (sea como límite físico o límite metafísico, da lo mismo): está la muerte como proceso-momento inevitable.¹⁴¹ Y es solo recién cuando tenemos conciencia de ese límite, que podemos acceder a la conciencia de la “infinitud de nuestras posibilidades”.

Por otra parte, respecto de la idea de libertad como punto de partida, es lo cierto que una libertad sin vida que la sustente, no es condena ni libertad, ni siquiera es *Nada* como apertura radical o vacío; en fin, no hay siquiera posibilidad del *horror vacui* de los antiguos. Por eso la libertad no es la condición para hacer la vida, cualquier cosa que se quiera hacer con ella. Asimismo la libertad no es el fundamento de derechos, incluido el derecho a la vida, sino que es la vida (*en/con* toda su complejidad) lo que posibilita la libertad del sujeto, por ende, es la vida (sociohistóricamente producida como humanidad) el fundamento de derechos, incluido el de libertad y todos los derivados de éste. Así, un sujeto que (pretendidamente) no está determinado tiene, al menos, que estar vivo para poder hacer su apuesta, jugar su juego, escribir “[la] novela de la propia vida... capítulo por capítulo, en breves entregas” (Heller, 1999: 35), asumir “la responsabilidad de escribir una dirección sobre sus respectivos sobres” (Heller, 1999: 36). Por eso decimos que la vida es fundamento (mas no como un *a priori trascendental*) en cuanto *condición* de la

¹⁴¹ Cuando digo que la muerte es “inevitable” me refiero, claro está, a la muerte como límite en virtud de la condición humana (es, quizá, el único sentido en que podemos hablar de “muerte natural”). Esa “muerte natural” aunque inevitable no es necesaria (para el caso, tampoco es innecesaria), pues “necesidad” sólo se podría predicar de la muerte individual, específica, coyuntural, ya que ello supone un juicio de valor implícito. Mas si hemos dicho que el criterio y principio de valoración ética es la producción, reproducción y desarrollo de la vida (humana y no humana), entonces, la muerte específica, coyuntural, sobre todo aquella muerte que podemos decir “impuesta”, directa o indirectamente, por la acción humana misma, es in-necesaria y debemos actuar contra las causas que la producen.

libertad; de otro modo, la libertad está fundada en cuanto *radicada* en la vida de sujetos vivos que, por ende, pueden llegar a actuar libremente.

Ahora bien, ese carácter de *condición* que tiene la vida humana sociohistóricamente producida como tal nos da el pasaje para superar el otro peligro mencionado. Supuesto que *no hay fin ni sentido*¹⁴² alguno para las cosas (sea de origen o de destino), por lo mismo se *puede* decidir tanto producir, reproducir y desarrollar la vida como degradarla y aniquilarla, sin que medie una *debe* respecto de una u otra de esas opciones. También es lo cierto que para poder decidir una u otra de esas opciones hay que estar vivo; es decir, no hay elección aleatoria y arbitraria sin la condición que posibilita esa elección. La elección *no puede* ser forzada por un sentido o finalidad presupuesto; pero *tampoco puede no tener* su condición de posibilidad. En esa medida es que decimos que la vida *puede y debe ser* producida, reproducida y desarrollada. Es el caso (no sabemos si único) de que además de ser el *criterio a partir del cual se juzga* la acción humana (juicio fáctico), opera como *principio conforme al cual se debe realizar* esa acción (juicio normativo), so pena de llegar al absurdo, que no es el vacío ni la falta de fundamento, sino la desmesura.¹⁴³

En conclusión, es en referencia a estos *principios de imposibilidad y de posibilidad* que en el campo jurídico y ético-político podemos: **(1)** establecer o postular «*definiciones convencionales*», **(2)** con las cuales construimos conceptos universales (v.g., derecho fundamental), **(3)** para formular teorías generales y así **(4)** obtener o alcanzar algún conocimiento empírico. Frente a esto, cedo al encanto y la sensibilidad de las palabras de R. Orestano, que me guían en esta pesquisa y alientan esta conclusión:

“El jurista, todo jurista, salvo que pretenda construir sobre el vacío, aún cuando crea argumentos «en abstracto», parte siempre de una realidad; ya se nutra esta de los datos de un pasado más o menos remoto o próximo, ya trabaje sobre datos del presente, esto es también «historia» y siempre «historia». Y parte de una realidad tanto si quiere favorecer sus posiciones y sus ideologías, como si quiere contrastar las unas y las otras, haciéndose portador de nuevos modelos de vida y de nuevas necesidades./ El que toda actividad del jurista tenga siempre como mira la incidencia sobre lo concreto de la realidad en que está in-

¹⁴² El *sentido*, ese asunto tan espinoso y acuciante a la vez, se ve involucrado fundamentalmente en esta cuestión; pero no pudiendo discurrir por esa bifurcación so pena de hacer interminable este argumento, sólo puedo señalar que la posición que adopto está más cercana a aquellas que lo asumen como un producto *del camino*. Ergo, no se trata de un *sentido de partida* (providencialismo; determinismo calvinista), pues ese quedó cancelado con la contingencia cósmica, ni de un *sentido de llegada* (teleologismo histórico) pues es contradictorio con la contingencia histórica y, además, tampoco podemos saber nada de él.

¹⁴³ Esta consideración de la vida como criterio y principio para la acción humana (Dussel, 1998), es lo que nos ofrecerá el pasaje para postular más adelante (*Capítulo VII*) la vida misma como Derecho fundamental.

merso es algo que no se duda; de lo contrario, no sería jurista. Toda la *scientia iuris* es una perenne demostración de ello” (Orestano, 1997: 363 –la cursiva es del original).

II. Del carácter *convencional* de las cosas que aquí se proponen

*negar el pasado, relegándolo al olvido,
es el camino preciso para elevar el presente
como límite absoluto
y obstáculo de todo futuro posible*

En lo que llevamos dicho, he enfatizado el carácter no determinista sino convencional, por ende, contingente de las elaboraciones conceptuales (v.g., “fundamento”, “derechos humanos”, “derechos fundamentales”, “experiencia jurídica”, etc.); por tanto, esto me separa de cualquier visión esencialista, naturalista o animista. Por el contrario, la perspectiva que adopto se basa en un sentido de la realidad sociohistórica (Ellacuría, 1990; Gallardo, 2006), a partir de lo cual los valores, el derecho, la ciencia, etc., son comprendidos como *productos de la acción humana*, por tanto, están inscritos en la *experiencia histórica de construcción de realidades*, que es siempre *objetivamente experiencia subjetiva*.

Considero que no existe ninguna *naturaleza humana* que determine o constriña a unas determinadas protecciones sociales. Esto pareciera dar la razón a quienes sostienen que la determinación de tal o cual conjunto de valores (respecto del derecho y la acción humana) es *absolutamente* arbitrario y depende del orden de las *preferencias*. Sin embargo, si nos deshacemos de las ideas esencialistas y nos ubicamos en el plano de la acción humana, entonces recién podemos ver con más claridad que el *dinamismo auto-evaluativo de la praxis* que construye *realidades históricas* es lo que va descubriendo-reconociendo los *rostros de la alteridad* (los otros, las otras, lo otro) y facilita (u obstruye) la (auto)constitución de los sujetos personales-sociales y sociales-personales que forman comunidad. De esta forma, ese *dinamismo auto-evaluativo de la praxis*¹⁴⁴ se constituye en instancia de:

- elección de cualquier cauce de acción *conforme a* valores, institución, norma, etc.
- aporta los *criterios* con los que se pueden evaluar, y
- ejerce una presión crítica sobre dichas acciones, valores, instituciones, normas, etc. y sobre el conocimiento generado por estas.

¹⁴⁴ Véase el método de historización de derechos humanos según Ellacuría (“Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”) en Ellacuría, 1990; asimismo, la visión movimientista de derechos humanos en Gallardo, 2006. También visitar la distinción de Vico entre *certum*, *verum* y *factum*, así como el proceso de formación de los criterios y principios éticos en Dussel, 1998.

Además, nótese que hablo de la dinámica *auto-evaluativa* de la práctica social,¹⁴⁵ pues fuera de o sin la acción humana no hay historia (principio de secularización). Las prácticas sociales específicas, las luchas sociales, las particulares experiencias (sean jurídicas o de cualquier otra índole), en tanto parciales, no pueden evaluarse ni comprenderse autorreferencialmente,¹⁴⁶ sino que deben estar ubicadas, contextualizadas en un proceso de totalización e historización; por ende, cualquier inteligencia que de ellas tengamos debe ser *móvil*, desplazable, provisional, etc.¹⁴⁷

En el derecho y su ciencia la pretensión de autonomía y suficiencia frente a la dinámica socio-histórica solo los lleva a una *abstracción abstractizante* que termina en el formalismo; por tanto, solo puede haber inteligencia *del* derecho (ciencia) y *en el* derecho si se lo contextualiza en el marco de sus *condiciones de producción* dentro del orden de la *praxis*. En ese último respecto, la ciencia del derecho debe atender y captar esas condiciones de producción del derecho positivo para poder emitir un juicio. Por consiguiente, la ciencia jurídica podrá ser *Dogmática*, en la medida que pretende describir el orden jurídico vigente y válido, pero para llegar a ser plenamente *pertinente* y no perder su objeto (la “experiencia jurídica”, de la que a la vez forma parte) debe abrirse entre otras cosas también a la *Hermenéutica*.

Por otra parte, en una visión de la realidad histórica se excluye el *fatalismo*. En este punto, de nuevo, me encuentro ante una bifurcación.¹⁴⁸ La primera ruta nos evidencia que dada la –tautológicamente hablando– decisión convencional respecto de un cauce de acción específico, esas acciones y sus consecuencias se entrelazarán en cadenas de probabilidad de entre las cuales las más *veraces* y *pertinentes* asegurarán el desarrollo de ese cauce de acción, pero otras lo llevarían a su periclitación. De las primeras decimos que son *históricas*, de las segundas, por el contrario, *anti-históricas*. Que de una acción, que es siempre acción humana, digamos que se trata de una “acción anti-histórica” no excluye que sea igualmente temporal (en sentido físico), sino que se está enfatizando su carácter de negatividad respecto de la construcción de una realidad humanizadora. Ahora bien,

¹⁴⁵ Con “práctica social” o *praxis* entiendo un *proceso de totalización* que aspira al conjunto de la totalidad de la experiencia. Pero este conjunto de la totalidad de la experiencia siempre trasciende esa *praxis*, lo que le impone a esta última un constante proceso de *re-visión* y *dinamicidad*; además, la mantiene *abierta* a y *potenciadora* de la pluralidad de modos de vida, cauces de acción, etc.

¹⁴⁶ Este es el sentido de “autocomprensión” que criticaba Adorno en las ciencias particulares, y que aquí llevamos a esa tendencia casi autista del derecho y de sus particulares disciplinas o ramas.

¹⁴⁷ Esta es una crítica a la idea de la *autopoiesis* de los sistemas, en la teoría sistémica, de corte funcional, que supone cada sistema como auto-regulado y auto-suficiente.

¹⁴⁸ Las cuestiones que expongo en esta bifurcación son producto de los coloquios realizados en el contexto de un Seminario libre sobre Filosofía y Derechos Humanos que mantuvimos durante varios meses en Sevilla con, entre otros, el profesor sevillano Juan Antonio Senent de Frutos, quien ha intentado traer al campo de la Filosofía del derecho las profundas reflexiones de Ignacio Ellacuría (véase Senent de Frutos, 1998).

“anti-histórico” sólo se puede decir de aquel cauce de acción que *no construye realidades*, sino que dada la misma contingencia de estos procesos, puede clausurar el proceso histórico.¹⁴⁹ Por ejemplo, una acción de exterminio de un pueblo específico (la Historia ofrece varios ejemplos al respecto, elijase cualquiera), en la medida que rompe con el cauce de construcción de realidad por parte del pueblo exterminado, se consideraría, en los términos que aquí estipulo, como negatividad anti-histórica, aunque en el conjunto de la historia de la especie humana sea aún histórica (por eso no es *a-histórica*). Pero llevemos esa consideración al caso de un eventual exterminio total de la especie humana,¹⁵⁰ lo cual es posible aunque la vida en otras de sus expresiones siguiera su curso en el planeta que algunos humanos y humanas llamamos Tierra, y el tiempo siguiera su curso. En ese caso, la historia habría acabado para *nosotros* y *nosotras*, incluso eso sería irrelevante, pues no habría más “animales de realidades” (Ellacuría, 1990) que re-flexionen y se lamenten de tal pérdida.

§ 16. Algo importante que debo resaltar, sobre todo si quiero –como en efecto lo quiero– que no se haga una lectura cínica de esto que digo (y aunque ello no lo pueda evitar, al menos si lo puedo advertir), es el asunto que no por haber llegado a la conciencia de la posibilidad del exterminio total, entonces, recién las situaciones de exterminio parcial y específico devienen condenables y condenadas moralmente, sino que éstas, lo mismo que aquellas, en ningún caso alcanzan ningún grado de validación moral. Es decir, por ejemplo, respecto del problema de la guerra, no podemos en *ningún* caso admitir la validez moral de alguna guerra (“guerra justa” es un sinsentido cínico), aunque sus pretendidos objetivos sean considerados buenos. La guerra (cualquier guerra) no viene invalidada moralmente por la posibilidad de desembocar en una “guerra final” o de “exterminio absoluto”, sino que en la medida que cualquier guerra supone muerte (la muerte de uno –evidentemente no se trata de lo que hemos estipulado como “muerte natural”, cfr. nota 28 supra– es el fracaso de todos, pues “... el individuo es el universal, no es posible “aumentar” la universalidad agregando individuos” –Heller, 1999: 176 –el entrecomillado es del original), toda guerra, sea grande o pequeña, es inválida moralmente de suyo, pues en este campo no existe un “margen de muertos tolerable o sustentable”.

¹⁴⁹ Sobre la posibilidad de que se clausure el cauce histórico o lo que puede señalarse como el *fin de la historia*, véase de Ellacuría, 1990, los apartados “La edad del tiempo histórico”, pp. 442-460 y “Las épocas históricas y el final de la historia”, pp. 460-471.

¹⁵⁰ Las posibilidades de exterminio de la especie están servidas hoy por potencial termo-nuclear y bacteriológico, lo mismo que por la sobreexplotación y desgaste ecológico, entre otras. Además, no sería la primera vez que una especie viva desaparezca o extinga. Sobre los procesos actuales que pueden llevar a un final de la historia como exterminio de la especie humana, véase Ellacuría, 1990: 467-471; Hinkelammert, 1995: 167-168.195-201.318-321. En un sentido similar, también Castoriadis, 1998, particularmente el ensayo “La crisis de las sociedades occidentales”, pp. 13-28.

Inmediatamente se nos puede replicar: entonces, ¿qué pasa con las “guerras de liberación”? Mas a esto debemos decir que: **a)** Las acciones de liberación siempre se enfrentarán con la exigencia de una mayor creatividad frente al poder que reprime, sobre todo la de evitar y enfrentar el potencial de muerte (en este caso: la guerra) de ese poder. **b)** Se tratará siempre, en tanto que coyuntural, de una situación de defensa. La defensa no justifica el exterminio del agresor, aunque a veces, en las situaciones coyunturales, pueda darse este resultado. En la misma tesitura, resulta un sinsentido hablar de “derecho de defensa”, pues no existe tal derecho y admitirlo es seguir el juego de que sólo por el poder de nominación una acción “mala” se convierte en “buena” y viceversa; lo que hay es un *derecho a la integridad* respecto del cual se enfrentan situaciones coyunturales que tienen que ser valoradas en esa condición y a la luz de principios y criterios universales. Por eso, la denominada “defensa” sólo puede considerarse como una situación exculpatoria en lo penal, para efectos de disminuir o eliminar la responsabilidad penal, o bien, tratándose de la acción colectiva, no podrá legitimar la fuerza que utiliza, sino evidenciar y hacer conciencia sobre las posibilidades de la propia barbarie y que se enfrente con el grito de *¡Nunca más!*, como compromiso colectivo de enfrentar los propios demonios. **c)** Los sujetos que buscan la liberación no pueden hacer de su acción una guerra, en tanto que esta implica una lógica específica que una vez asumida lleva a derivas inevitables que terminan por invalidar toda “buena” pretensión. Con esto no doy por resuelto un problema tan espinoso como el de la guerra, pero al menos si asumo una posición al respecto.

La otra ruta de la bifurcación plantea la problemática de si existe un *principio de posibilidad* (correlativamente un *principio de imposibilidad*) diferenciado del *principio de factibilidad*,¹⁵¹ lo cual tiene especial relevancia en el campo de la ética.¹⁵² Al respecto se pueden esbozar algunas posiciones. Una primera posición considera que es una redundancia, cuando no una utilización que entraña cierta peligrosidad, hablar de *posibilidad* y de *factibilidad* como factores diferenciados, o bien, que se trata de términos sinónimos e intercambiables. Así, tanto posibilidad como factibilidad, en los términos de la realidad histórica, sólo apuntan a las potencialidades empíricas *de* y *en* la historia, que se podrían desplegar de manera azarosa, es decir, sin sentido teleológico alguno. De tal forma que las *posibilidades históricas* comprenden tanto los despliegues que atienden a la *reproducción* de esa historia cuanto a las que tienden a su *destrucción*, incluida la efectiva realización de tal des-

¹⁵¹ En realidad habría que distinguir entre el *criterio de factibilidad* y el *principio de factibilidad*, pero aquí sintetizo la cuestión y me detengo solo en este último sobre todo por lo que puede importar respecto del juicio de legitimidad y validez de las normas y del ordenamiento jurídico. Para una discusión de ambos elementos, véase Dussel, 1998: 263-280, para quien el criterio y el principio de factibilidad ética ocupan el tercer momento en la construcción de la ética de la liberación.

¹⁵² Recordemos que estamos en lo que hemos denominado el *ámbito de la eticidad* al cual pertenece el derecho.

trucción o aniquilación total. Se trata, en todo caso, de reducir la posibilidad a la tendencia a un *factum* (olvidando por completo el principio de imposibilidad implicado, que sería una advertencia), aún cuando dicho *factum* clausure el tiempo histórico, por ende, anule cualquier posibilidad de hacer *proyectos de vida*. En ese sentido, *posible* es aquello potencialmente ejecutable y que simplemente todavía no es o no existe pero puede (factibilidad material y tecnológica) llegar a ser. Desde esa óptica, por ejemplo, el exterminio de la especie humana, por el despliegue del potencial termo-nuclear militar y bacteriológico, se diría “posible”. Pero, en este caso no se repara en dos cosas: la primera es que “posible” está vinculado, en términos de la temporalidad de la historia, a la *precesión*, al futuro, y

“[el] futuro es algo con lo que puedo contar. El futuro no es simplemente aquello que todavía no existe, sino aquello que es un “porvenir” con el cual cuento, pues va viniendo hacia mí. Mientras yo no tenga posibilidades con las cuales pueda contar en el futuro, no puedo hacer proyectos, que sean realmente proyectos. Las acciones humanas envuelven esta dimensión de futuro, pero de forma que estas acciones emergen no solamente de las potencias de quienes son actos, sino de las posibilidades reales que las están posibilitando. De ahí que la trama de la vida humana, desde este punto de vista, no es trama de un puro movimiento que pasara de la potencia al acto, sino de algo distinto, como es la concepción creativa y la realización de posibilidades” (Ellacuría, 1990: 435).

El otro aspecto que se obvia se desprende del anterior, y es que no se considera la *contradicción realizativa* en que se incurre, pues si cualquier posibilidad se factualiza, incluida aquella que rompe con la posibilidad de *hacer proyectos de vida*, por lo mismo dejaría de ser históricamente posible (apertura a un “porvenir”), pues habría devenido en *factum* (pasado).

Desde otra posición diferente, se puede considerar la importancia de hacer una distinción entre *posibilidad* y *factibilidad* en la medida que se requieren elementos *téorico-práctico-éticos* para enjuiciar las realizaciones de la acción humana; tales elementos no son inmanentes a la acción humana sino un producto suyo (*constructos*). Además, este discernimiento tendría que hacerse distinguiendo diversas dimensiones: económica, política o ética, por ejemplo. En la medida que somos (nos constituimos) sujetos que *conocemos-valoramos-actuamos* con esos constructos teórico-práctico-éticos intentamos trascender la realidad generada por esa acción, toda vez que dicha realidad, a su vez, siempre nos desborda y trasciende. En ese sentido es que podemos decir que las nociones o categorías teóricas y éticas están fundadas en la realidad que buscan conocer y valorar. En lo particular, adhiero a esa segunda posición, y, en su favor, puedo aportar los siguientes argumentos.

En el ensayo “Los límites al Derecho natural y la paradoja del mal”, Agnes Heller sostiene:

“Las decisiones morales pueden ser evaluadas mediante criterios universales o mediante tradiciones locales, pero los conflictos morales siempre son contextuales” (en Shute & Hurley, eds., 1998: 147).

Extiendo este juicio al ámbito general de la acción humana que hace historia (el *hacer* del animal de realidades de Zubiri y Ellacuría) en la medida que toda acción, en cuanto acción humana, comporta una *decisión* en la que confluyen, de diversa manera y en distinto grado, aspectos técnicos, morales, de oportunidad, meramente coyunturales, etc. Por otra parte, entiendo lo de “universales”¹⁵³ en el sentido de Hinkelammert y Dussel. Luego, lo que pretendo es que la acción humana puede ser evaluada mediante criterios (*a partir del cual...* –juicio de hecho) y principios (*conforme al cual...* –juicio normativo) universales¹⁵⁴ (estamos en el campo de la categorización teórica) como vía para acceder al conflicto implicado en el *factum*, que es contextual y deviene empírico.

§ 17. La “decisión” que implica la actividad humana no remite a una idea de simple voluntarismo, ni se explica por el emotivismo ético. En cambio, tenemos en cuenta que *no se debe* lo que *no se puede*, pues

“[antes] que cualquier juicio ético aparece el juicio fáctico que nos dice que algo puede ser éticamente obligatorio, sólo si también es factible. (...) Este antiguo principio –ya la escolástica medieval lo pronuncia– es aplicado ahora a la conformación de la sociedad misma. (...) La sociedad que no puede asegurar tal reproducción [de la vida humana] es

¹⁵³ En su propuesta de definición de los derechos fundamentales, Luigi Ferrajoli (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 142) entiende “universal” como *formal* o *estructural*, por ende, sitúa exclusivamente la elucidación de tales criterios universales, formales o estructurales, en el nivel teórico (analíticamente hablando). Por mi parte acepto, provisionalmente, la acepción de universal como estructural o formal, pero esto sólo en el ámbito ahí implicado, que es el lógico. Todavía más, para discutir luego el alcance universal de derechos humanos, en el caso de Ferrajoli, él utiliza una lógica de clases que sigue enclavada en el paradigma epistemológico aquí cuestionado, lo que puede explicar porqué su remisión insistente a las categorías (persona, ciudadano, capacidad de obrar) y no a los seres humanos, cuerpos vivientes, acción humana, etc. Es, con mucho, la misma forma de universalismo de las emancipaciones del siglo XIX que es, en definitiva, un *universalismo de clases*. Por eso, la idea que me da el pasaje para la traducción que pretendo es la misma expuesta por Hinkelammert (I-1990) respecto de los conceptos universales y que fue reseñada más atrás.

¹⁵⁴ Se supera el problema del universalismo etnocéntrico pues aquí universal está referido a una condición o carácter de la categorización, que es un proceso que corresponde al estadio de nuestra evolución y no a sus producciones específicas. Ciertamente aquí el proceso de categorización se ha visto en un sentido muy específico, como generadora de conceptos teóricos, pero en su acepción más amplia, incluye otras formas que pretenden siempre comprender o trascender la realidad (magia, poesía, mito, etc.)

imposible, y sólo son posibles aquellas sociedades que se ajustan en su estructura a las necesidades de la reproducción de la vida humana real” (Hinkelammert, I-1990: 23).

Inmediatamente, un interlocutor o interlocutora hábil (cínico/a o no) argumentaría que igualmente “se debe lo que se puede”. Pero, a ello tendríamos que anteponer dos argumentos: (1) remitir a las consideraciones acerca del sentido de posibilidad como lectura de ese “puede” (estipulativamente, “puede” es *sólo* lo que siendo factible atienda a la reproducción de la vida humana real), y (2) aceptar que su argumento resulta impecable, pero sólo a cuenta de que no incurra en la contradicción realizativa de entender que “puede” refiere a cualquier acción, inclusive aquella que impediría la reproducción de la misma acción que se “puede”, pues en ese caso, se autoanularía y ese “puede” se revelaría como un “no puede”, con lo que volvemos al primer aforismo. Esto es, en todo caso, lo que critico a la posición anterior.

A partir de esto me parece relevante introducir algunas breves consideraciones – que evidentemente no concluyen la discusión del tema – sobre el *principio de posibilidad* y el *principio de factibilidad*, incluso para asumir unas estipulaciones de partida. Así:

- 1) El *principio de posibilidad* es un elemento teórico vinculado a la reproducción de la realidad histórica (*totum*), que opera como principio práctico-ético conforme al cual se evalúa la acción humana. La acción siempre se discierne en función del *sujeto vivo*, tanto del que la produce como del que la padece (esto nos aparta de cualquier teleologismo y escatología y nos coloca en la perspectiva de la secularización: humanocéntrica y subjetiva –de los *sujetos vivos*). En el nivel teórico, la coherencia de la posibilidad de una acción específica está dada por su *reproductibilidad*, es decir, si hablamos de “posibilidades” estas deben ser tales que no se auto-anulen, aunque en el ámbito práctico se den situaciones teóricamente contradictorias. Por ejemplo: el suicidio es una posibilidad empírica de la acción humana (individual o colectiva), pero sólo en la medida que se mantenga como (utilizando una distinción clásica aristotélica) *potencia*, pero nunca como *acto*, pues el sujeto que actúa y evalúa lo hace sólo a condición de que sea un *sujeto vivo* (en este caso, el que produce la acción es el mismo que la padece; otras son las consideraciones respecto al radio de afección de esa acción que implicaría, en el caso individual, a otros sujetos, deudos, etc.). No está de más decir que este principio sólo puede ser percibido y diferenciado desde una *racionalidad reproductiva* o *práctico material*, no así desde una racionalidad instrumental, en la que queda subsumido u ocultado en las consideraciones técnicas.
- 2) El *principio de factibilidad* corresponde, por su parte, al orden de las consideraciones técnicas y está vinculado al ámbito de las condiciones materiales (la riqueza social) y tecnológicas. Luego, el nivel en que es elucidada la factibilidad de un cauce de acción

es el pragmático (sea en el abordaje sociológico, el tecnológico, el histórico o el politológico). En el nivel de la realidad, la exigencia de coherencia no es –por así decirlo– vinculante, de forma tal que se pueden adoptar cauces de acción contradictorios, hasta el punto que lleven a la auto-anulación de toda o cualquier alternativa incluida la aniquilación de la historia misma, y esto únicamente si se consideran las condiciones técnico-materiales implicadas. Así, por seguir con el ejemplo anterior, en las crisis actuales es “factible” (aunque ello genere una negatividad histórica en el sentido supra estipulado) el uso masivo de la energía atómica en una guerra, que puede suponer la aniquilación no sólo de todos los contendientes sino de todo rastro de vida humana (también siempre es posible que subsistan las bacterias) o la contaminación ambiental a escala planetaria hasta el punto del *no retorno*.¹⁵⁵

- 3) Avanzando un poco más para no quedar *suspendidos* en el análisis (como suele suceder a las perspectivas *exclusivamente* analíticas), desde la perspectiva de la *racionalidad reproductiva* no se desechan sino que se incluyen, entre otras, las consideraciones instrumentales, por ende, las condiciones técnico-materiales, para decidir un cauce de acción, pero éstas aparecen reconducidas a la reproductibilidad de esa misma acción, es decir, subordinadas al principio de posibilidad. De otro modo, cualquier cauce de acción debe tener en cuenta el límite de lo posible/imposible, recién *a partir de* (criterio) y *conforme a* (principio) ese límite se aplican unas condiciones técnico-materiales determinadas. Esta conexión entre el nivel teórico y el nivel pragmático no se da por derivación lógica, luego no hay violación de la Ley de Hume, por lo que no se incurre en la falacia naturalista; su vinculación es de *fundamentación* y aparecen conectados en virtud de la *totalidad de lo real* (el conjunto de la totalidad de la experiencia). Es, para denominarlo de alguna forma, la consideración de la *factibilidad ética* desde una *racionalidad reproductiva*.

De esta forma, cada *modo de existencia social* (*praxis*) específico no está determinado más que por su propio ejercicio realizativo (interno-externo), que es un proceso de realización *en respectividad*. Asimismo, cada cauce de acción específico, para construir un modo de existencia social, no está determinado *a priori*; pero recién cuando se decide por uno u otro de entre todos los posibles cauces de acción, aparecen sus determinaciones exigitivas.

§ 18. La alarma ecológica, por ejemplo, se activa socialmente cuando se percibe que la emisión de gases, por tomar uno solo de los factores, produce un efecto invernadero que lleva al calentamiento del planeta, por ende, puede estar incidiendo directamente sobre el descongelamiento de las masas glaciares. Este fenómeno se traduciría en un aumento del

¹⁵⁵ En realidad, son dos ejemplos reconducibles el primero al segundo, dado el carácter terriblemente contaminante de la guerra, cualquier guerra.

nivel de las aguas oceánicas, la inundación de las zonas costeras y en la mutación de las condiciones climatológicas en todo el planeta, causa de muchas de las catástrofes que casi a diario presenciamos (como se presencia la vida y la muerte en el universo mediático): derrumbes, inundaciones, tormentas tropicales, etc.

Si hacemos –como ha sido la regla según una racionalidad instrumental– abstracción de los múltiples factores que intervienen en estos procesos, y nos atenemos únicamente a la línea de eventos descrita, encontramos una relación de inexorabilidad (como se predica de los eventos naturales) directa entre cada uno de los segmentos causa–efecto que componen todo el espectro, pero no se puede establecer esa misma secuencia de causalidad directa entre el evento inicial (emisión de gases) y el evento final (v.g., derrumbes e inundaciones), por ende, queda excluida cualquier responsabilidad por esos eventos. Cuando mucho se ha llegado a establecer jurídicamente que, si aquella contaminación por emisión de gases puede ser cuantificada, el responsable paga (responsabilidad directa), pero se lo exime de la responsabilidad de todos los efectos indirectos que su acción está produciendo.

Asimismo, desde una posición catastrofista, casi siempre fragmentaria, se pensaría que la misma causalidad directa o inevitabilidad que hay entre cada uno de los momentos de ese proceso los hace necesarios, por ende, caminamos hacia la debacle ecológica sin responsabilidad por ello. En cambio, desde una perspectiva de racionalidad reproductiva, podemos ver como en el inicio de ese proceso hay una acción humana (el desarrollo tecnológico-industrial), que supone aquella emisión de gases, y ya ese sólo hecho hace susceptible que toda la cadena sea sometida a una “revisión ética”, de forma tal que las posibles catástrofes (efectos indirectos) que se pudieran producir tienen un carácter poco natural. Además, desde la perspectiva de la realidad histórica y la racionalidad reproductiva se puede asumir la relación causal como inevitable, pero no la necesidad de esa relación; es decir, que se den esas catástrofes es menos efecto de la relación causal natural que de una relación socialmente establecida.

III. Interludio acerca de la *pertinencia* de la “investigación sobre el fundamento”

Dejo esa bifurcación de nuestro tema, para formular otro disenso en un punto relevante para lo que propongo aquí. Se trata de una tesis de Norberto Bobbio, la cual comparto plenamente; él dice: “Los derechos naturales son derechos históricos” (I-1991: 14). Pero, más adelante amplía:

“Desde el punto de vista teórico he sostenido siempre, y continúo haciéndolo, que los derechos humanos, por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, de determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes” (Bobbio, I-1991: 17-18).

Siempre que no se quiera leer lo de “gradualmente” con esa metáfora de las *generaciones* de los derechos, comparto lo dicho por Bobbio: el carácter histórico y convencional de los derechos y su afirmación de que los derechos humanos aparecen en el espacio que se articula a cuenta de las “luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes”, ya que esos “viejos poderes”, normalmente (sobre todo a partir de la emergencia de los estados nacionales), fueron “nuevas libertades” que una vez conquistadas e institucionalizadas se absolutizaron y cerraron el paso a otras “nuevas libertades”.

Ahora bien, el disenso viene hermanado con este consenso, lo mismo que las tesis de Bobbio, porque para decir eso, también ha sostenido lo infructuoso y vano que resulta la búsqueda del fundamento de los derechos. También comparto ese sentir si, como él dice, se trata de buscar “fundamentos absolutos”;¹⁵⁶ pero lo que no acepto es que *toda* búsqueda se entienda como orientada a ese fundamento absoluto, pues eso es un reduccionismo, en el que incurre Bobbio, y por esa vía resulta una mordaza al pensamiento (en el mismo sentido que lo dijera Einstein, 2000: 16-21).

En *Sobre el fundamento de los derechos del hombre* podemos leer:

“No hay duda de que cuando en un congreso de filósofos, y no de juristas, como el nuestro, planteamos el problema del fundamento de los derechos humanos, entendemos afrontar un problema (...) no [...] de] derecho positivo, sino de Derecho racional o crítico (o si se quiere, de Derecho natural, en sentido restringido, que es para mí también el único aceptable, de la palabra)” (Bobbio, I-1991: 54).

En primer lugar, nótese como fragmenta el *conocimiento jurídico* y reduce (digo más: relega) a los juristas y las juristas al campo exclusivo de la dogmática jurídica positiva; en esto parece que recae en un vicio cercano al que criticara en otros lugares como exceso formalista del positivismo. En todo caso, dado ese supuesto es que podemos entender como cosa cierta –pero sólo en parte– cuando afirma que una vez lograda la formaliza-

¹⁵⁶ Esa especie de *sí pero no* que me produce este análisis particular de Bobbio, debe ser coherente y buscar el contexto. A veces parece que la polémica que generó su afirmación de que el “problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*” (Bobbio, I-1991: 61 –las cursivas son del original), no tuvo muy en cuenta que, en ese punto particular, Bobbio estaba atacando como ilusión iusnaturalista el postulado del racionalismo ético “que sostiene también que la demostrada racionalidad de un valor es condición no sólo necesaria sino suficiente de su realización” (Bobbio, I-1991: 60), lo que más tarde Ferrajoli denominará “falacia garantista”. Si lo constreñimos a ese contexto específico, es que doy mi *sí* a la posición de Bobbio. El problema se complica cuando aparece referido al contexto más amplio de *toda y cualquier* búsqueda o ensayo de fundamento, que es el tema de su ponencia “sobre el fundamento de los derechos del hombre”; en esa extensión, como se verá, es cuando digo que *no*. Para ampliar una crítica sociohistórica a las tesis de Bobbio en este respecto, véase Gallardo, 2000; 2006.

ción o positivación (constitucional e internacional) de los derechos humanos, el problema de la búsqueda del fundamento queda superado, y lo que resta es “protegerlos”.¹⁵⁷ Es “cierto” si en el nivel discursivo en que lo afirma –como en realidad lo ha hecho, dada la fractura del conocimiento jurídico que subyace a esta posición– se circunscribe a la mera pragmática jurídica (*v.g.*, la labor jurisprudencial, el juzgamiento del caso concreto) o inclusive, la Dogmática, pues en esos niveles ciertamente el problema del fundamento (como fundamento filosófico u ontológico) no tiene cabida, ya que lo que interesa es *justificar* (procedimiento *a posteriori*) una decisión, o bien, derivar formalmente una norma de otra superior que, en ese sentido, decimos que le sirve de fundamento (lógico).

Pero ahí confunde los sentidos de “fundar” y “fundamento”: por un lado, rechaza la idea de un fundamento filosófico como *prius* (ontológico), pero sólo repara en el fundamento como *justificación* (*a posteriori* lógico). Bobbio entiende por fundamento este último sentido (por eso el problema “no es hoy tanto el de *justificarlos...*”), y lo da por resuelto. Pero, no obstante su distinción previa entre *problema del jurista* o de “Derecho positivo” y *problema del filósofo* o de “Derecho natural”, refiriéndose al tema filosófico termina por reconducirlo al problema de Derecho positivo. Por otra parte, hay otro significado para “fundamento”, que no tiene por qué ser de tipo ontológico (*prius*) ni lógico (*justificación a posteriori*), sino más bien *práxico*, que es histórico y convencional, contextual y universal a la vez, como el que aquí he intentado perfilar.

Por eso, considero que donde Bobbio deja de tener razón es si su dicho resulta extensivo a *toda* búsqueda.¹⁵⁸ No obstante la confusión entre jurídico y legal, que ha provo-

¹⁵⁷ Así, en esa famosa ponencia nuestro autor agrega: “Por consiguiente después de esta Declaración [Universal de los Derechos del Hombre] el problema de los fundamentos ha perdido gran parte de su interés. Si la mayor parte de los gobiernos existentes están de acuerdo en una declaración común, es signo de que han encontrado buenas razones para hacerlo. Por eso, ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o sin más, como querrían los iusnaturalistas resucitados, la razón de las razones, sino de poner las soluciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados. (...) El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político” (Bobbio, I-1991: 61 –las cursivas son del original).

¹⁵⁸ La ciencia, tal como se vino a entender a partir de los paradigmas decimonónicos, abdica de la búsqueda del fundamento, pues su ámbito de acción está referido a lo ya dado o fundado (en el sentido *positivista* en que lo asume el propio Bobbio –y con él yo mismo también, pero de manera distinta–, respecto del Derecho positivo). En ese sentido va la crítica que formula Heidegger (1988) a las ciencias. Luego, que la Dogmática no se pregunte por el fundamento del derecho no es una deficiencia suya; es más, ni siquiera debe responder tal pregunta, toda vez que su diseño formal-estructural no la habilita para ello. Intentar lo contrario es desnaturalizarla y caer en una inconsistencia. Aquí se aplicaría el adagio popular de que *no se le pueden pedir peras al olmo*; otro problema es considerar que *todos los árboles son perales* (u *olmos*) o que *todas las frutas son peras*. Sin embargo, como el derecho y su ciencia no se pueden reducir a Dogmática –como he tratado de fincar aquí–, también debemos hacernos cargo de esta búsqueda, pues en lo que hace a una sensi-

cado el juridismo legalista, hoy se acepta el carácter convencional del derecho positivo, aceptado lo cual no se puede buscar un fundamento ontológico o sustancial, al estilo de las diversas pesquisas iusnaturalistas de distinto cuño, pero tampoco nos podemos conformar *solo* con verificar formalmente si una norma determinada tiene una norma antecedente superior que la justifique o si determinadas decisiones aparecen justificadas a partir de la adopción de determinados textos. Quedarnos en ese punto es oscurecer y escamotear la pregunta por el *modo* de ese acto convencional positivo¹⁵⁹ el cual debe ser escrutado permanentemente; es decir, no podemos *desentendernos* de ese acto convencional so pena de caer en la ingenuidad de que

“[si] la mayor parte de los gobiernos existentes están de acuerdo en una declaración común, es signo de que han encontrado buenas razones para hacerlo” (Bobbio, I-1991: 61).¹⁶⁰

Tampoco podemos caer en un cínico realismo de hechos dados, que termina en otra versión de naturalismo (Bourdieu, 1999: 126-129.239). Hay que interpelar constantemente la forma del acto convencional que *pone* la norma (en realidad, es norma solo la norma actualizada), por eso insisto en el recurso a la *interpretación de la ley* por exigencia de la secularización, pues una ley que no se interpela una vez puesta se convierte en una ley naturalizada.

¿Cómo desentrañar esta trampa en la que Bobbio –autor por lo demás lúcido y que ilumina muchas de nuestras posiciones– cae? La respuesta hay que buscarla en los mismos presupuestos desde los que el autor citado da su propia respuesta y que expone

bilidad de derechos humanos, “la confusión o inadvertencia sobre los fundamentos de derechos humanos tiene efectos significativos sobre su protección. Sin una adecuada comprensión de estos fundamentos, la observancia de derechos humanos no superará su fase actual de discurso ideológico oficial y de firmas estatales sobre asuntos que los dirigentes saben, desde siempre, no se cumplirán” (Gallardo, 2006: 22).

¹⁵⁹ Según los principios de secularización y de democratización, en este lugar es donde habría que *radicar* la pregunta por el fundamento.

¹⁶⁰ No se pretende caer en una actitud neurótica o en la idea de una conjura o conspiración universal, que nos haga dudar de todo, pues la duda sólo es recomendable como método, pero lo cierto es que los gobiernos también toman decisiones conjuntas sin tener “buenas razones para hacerlo”, más que la prepotencia de la fuerza, como lo hemos visto en la última década del siglo XX e inicios del XXI en que la denominada “coalición internacional contra el terrorismo”, sometida a una sola voz de mando, amenaza (en realidad ya lo ha hecho) con llevar la guerra a cualquier parte del globo, siempre que se sienta o declare estar afectada en sus intereses (principalmente los de *la voz de mando*).

en el mismo lugar; se trata de un *antiutopismo*, que sigue la senda del antiutopismo de Karl Popper.¹⁶¹ Veamos, Bobbio dice:

“Del fin que la investigación sobre el fundamento se propone nace la ilusión del fundamento absoluto, ilusión que, a fuerza de acumular y discutir razones y argumentos, terminará por encontrar las razones y el argumento irresistible que nadie podrá negarse a aceptar” (I-1991: 54).

Es cierto que la pretensión de encontrar un “fundamento absoluto” deviene en ilusión, y una ilusión absoluta se torna irresistible no sólo en el mundo de las ideas, como dice Bobbio,¹⁶² sino de las prácticas que estas generan y alimentan. Pero la pregunta por el fundamento es siempre una pregunta incómoda, sobre todo para el saber-poder instituido, que se sabe con los *pies de barro*, por eso la ha proscrito y colonizado, de forma que el “fundamento absoluto” es el que el saber-poder define como tal, aunque lo encubra ideológicamente como *ningún fundamento*. Insistir en la pregunta es siempre un peligro de que se ponga en evidencia la ilegitimidad de ese poder-saber; peligro que no se corre si la pregunta la formulan los agentes del poder-saber, pues éstos siempre encontrarán “el argumento irresistible”. Pero, con la intención de evitar que esos agentes hagan su trabajo (“defender posiciones conservadoras”), pretender que toda “investigación sobre el fundamento” genera “la ilusión del fundamento absoluto”, es también perder la oportunidad de que se evidencie la ilegitimidad del poder-saber, y este escepticismo termina siendo tanto o más funcional a los intereses del saber-poder, pues desarma cualquier intento crítico. Por eso, la “investigación sobre el fundamento” todavía sigue siendo

¹⁶¹ Para una crítica del antiutopismo popperiano, véase Hinkelammert, I-1990: 174-182.191.197.203-220.

¹⁶² Para Bobbio, la relación entre saber y poder aparece todavía sesgada por el prejuicio de la separación absoluta entre teoría y práctica; prejuicio que se genera al interior del Occidente moderno como fruto del dominio del capital y las necesidades de la burguesía (Santos, 2000; Ibáñez, 1986; Bernal, 1981); Serres *et al.*, 1991). Por eso puede poner inclusive como paralelos saber y poder, por ejemplo, cuando dice: “El fundamento absoluto es el fundamento irresistible en el mundo de nuestras ideas, del mismo modo que el poder absoluto es el poder irresistible (piénsese en Hobbes) en el mundo de nuestras acciones. Frente al fundamento irresistible se pliega necesariamente la mente, así como frente al poder irresistible se pliega necesariamente la voluntad. El fundamento último no es ulteriormente discutible, así como el poder último debe ser obedecido sin discusión. Quienes resisten al primero se colocan fuera de la comunidad de las personas racionales, y los que se rebelan frente al segundo se colocan fuera de la comunidad de las personas justas o buenas” (Bobbio, I-1991: 54). Pero parece olvidar que no hay poder ciego o saber impotente, particularmente en esta formación histórica que es para la cual él habla, sino que el poder siempre busca armarse de sus “buenas razones” y el saber está, en tanto saber autorizado (los saberes alternativos y los emancipadores, siempre aparecen como *no saberes* desde la oficialidad), es siempre funcional a las exigencias y necesidades del poder.

pertinente, por esa potencia crítica que puede poner en funcionamiento, eso sí, siempre que sea “presentada en el espíritu de la ironía socrática” capaz de “representar la paradoja de la contingencia” (Heller, 1999: 17) y se la asuma como una propuesta, *ex-puesta* siempre a la *mirada plural* y la *re-visión* constante (Fornet-Betancourt, 1994; 2001).

IV. De si todavía son útiles y tienen alguna función las categorías de la Teoría general

Volvamos a Peña Freire, quien dice:

“Si las categorías jurídicas, aún las más generales, son realidades jurídicas contextuales, será forzoso admitir que nacen a partir de un modelo jurídico-político determinado en el que se configuran y fuera del que no tienen sentido. (...)// Antes al contrario, es en las relaciones jurídicas, en la operatividad y en los procedimientos donde la categoría nace y adquiere una configuración precisa” (1997: 33.34).¹⁶³

No puedo sino estar de acuerdo; además esto me sirve de pasaje para la argumentación que propongo respecto de la *contextualidad*¹⁶⁴ e historicidad de las categorías teóricas, pero también de todo lo que incumba al pensamiento jurídico, en cualquiera de los niveles discursivos, en cualquiera de las operaciones prácticas que realice.

¹⁶³ El autor se está refiriendo expresamente a la “garantía” como macro-concepto de la teoría general. En ese sentido, comparto plenamente este aspecto derivado del carácter multidimensional (Morin) o complejo del concepto. Por eso mismo, hago una adición a la *primera característica* (en la convergencia o traducción que busco, se corresponde con la *nota básica* o *momento básico*, en el sentido de Ellacuría (1990), como componente del hecho de la respectividad de la realidad histórica) que Peña Freire apunta para la garantía, a saber, “que la garantía tiene naturaleza *procesal* o *instrumental*...” (Peña Freire, 1997: 25 –las cursivas son del original). La adición viene en el sentido de que es, también, *procesal*; cierto que topo con una dificultad de nuestro idioma que no tiene términos distintos para estos significados. A lo que me refiero es que, por lo mismo que la garantía es *procesal* (se realiza en un proceso, por ejemplo, judicial), y adquiere su carácter *instrumental* en la relación medio – fin que guía al proceso jurisdiccional visto en concreto, deviene *procesal* en la medida: (1) que va adquiriendo pleno sentido (más que como acumulación, por sucesión continua-discontinua de lecturas) en el tiempo (historia), hasta llegar a ser una adquisición de la cultura jurídica, aún más allá del mero ejercicio instrumental de la misma garantía; (2) el proceso jurisdiccional concreto, debe *adecuarse* a la totalidad del sistema jurídico y a la realidad histórica, lo cual hace a través de su apertura. Esto, por supuesto, tiene implicaciones para la cosa juzgada, pero tiene que decirse y revisarse si el proceso jurisdiccional aparece fundado en el pretendido *carácter democrático* del mismo sistema jurídico.

¹⁶⁴ En puridad, el sentido de la contextualidad en Peña Freire está reducido a una especie de *contextualidad textual* y procedimental (Peña Freire, 1997: 34). Sin embargo, aquí la asumo en términos más amplios; esto no contradice su concepción al respecto sino que la va complementando.

Pero antes sintetizo lo que anteriormente he señalado; tenemos, así, que el material con el que laboramos los juristas y las juristas es un *material lenguajero*, es discurso. Pero este discurso en cuanto «transposición de la realidad» (Orestano) se articula como empiria (acceso mediante conceptos universales a la realidad que trasciende la experiencia –Hinkelammert), que se vierte en (expresa y construye) la «experiencia jurídica»¹⁶⁵ (Capograssi, 1959; Orestano, 1997).

Respecto de la noción de “experiencia jurídica”, dice Orestano:

“La noción de «experiencia jurídica» nos permite rehacer todo el mundo del «actuar», considerado en su dinámica, con todas sus implicaciones y explicaciones.¹⁶⁶ Como principio, tiene que ser estudiada en su integridad. Todo lo que puede ser reconducido a esta experiencia es significativo y relevante: todo elemento, toda circunstancia, todo aspecto, todo dato se valora como constitutivo de la misma experiencia. El derecho se identifica con la experiencia en su conjunto, pero la experiencia se concreta en los actos singulares en que se pone y a través de los que se constituye. (...) Por consiguiente, lo que llamamos «derecho» no puede ser un *quid* abstractamente considerable en sí y por sí, aislado y desgajado de la actividad humana en que se forma y en que vive, sino que se traduce en esta misma actividad y no puede ser conocido sino es a través de esta, sino es conociendo la experiencia jurídica «que los hombres constituyen, viven, sufren», sino es conociendo «el mundo humano de la historia»” (1997: 388 –la cursiva y los entrecorillados son del original).¹⁶⁷

¹⁶⁵ Sobre la exquisita ductilidad de la concepción de “experiencia jurídica” dice Orestano: “La noción de «experiencia jurídica» es una abstracción como tantas otras. Una abstracción plasmable según la finalidad que se quiera obtener de ella. No es un «dato» cualquiera, es una producción del pensamiento jurídico y, como tal, es modelable de muchas maneras en función de lo que se trate de poner en evidencia y del fin que se nos perfije. Tiene también, al mismo tiempo, carácter «operativo» y «cognoscitivo». Como cualquier otra noción, presupone la existencia de lo real (diferenciándose, con esto, de toda concepción idealista, espiritualista, solipsista), un real que trasciende siempre, en su inagotable riqueza y complejidad, a cualquier manifestación que pueda darse de ello” (1997: 385 –los entrecorillados son del original).

¹⁶⁶ En un sentido similar véase Bourdieu, 1999: 23 ss.

¹⁶⁷ Las expresiones entrecorilladas corresponden a citas de Giuseppe Capograssi, a quien debo algunas de las más bellas e inspiradoras lecturas sobre el derecho, la ciencia jurídica, la función y misión del jurista, así como el impulso para pensar el derecho con una *imaginación jurídica* distinta. Sirva también esta nota como agradecimiento al maestro Walter Antillón, jurista humanista por antonomasia, quien puso en mis manos los textos de G. Capograssi, R. Orestano, Salvatore Satta y tantos otros que me han servido no sólo para el deleite sino para articular mi pensamiento con una práctica que *intenta* ser liberadora.

En ese sentido, y para no alejarme de la línea de argumentación, fijémonos rápidamente en la tesis garantista de la distinción entre *derechos* y *garantías*, expuesta por Luigi Ferrajoli,¹⁶⁸ quien dice:

“Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación” (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 26).

Probablemente a contrapelo de lo que pueda gustar al mismo Ferrajoli, su distinción entre “derechos” y “garantías”, que por lo demás viene a precisar y aclarar una cuestión bastante sinuosa, queda comprendida y es constitutiva de la aquí adoptada noción de “experiencia jurídica”. En mi consideración la «experiencia jurídica» comprende *categorialmente* también los derechos y las garantías. Ahora bien, si conjugamos esto con la *segunda tesis*¹⁶⁹ del mismo Ferrajoli, sobre el vínculo democrático que “describen” los derechos fundamentales, tenemos como resultado que la realización de la «experiencia jurídica» puede devenir obstruida u obstaculizada en la medida que el *pasaje* entre derecho y garantía no es esencial ni automático, por ende, está sometido a la contingencia de una decisión convencional. Por otra parte, cuando nuestro autor sostiene que «la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados», en una primera lectura podría parecer que incurre en la *falacia garantista* por él puesta en evidencia (Ferrajoli, 1995: 941), ya que no bastan «los derechos positivamente estipulados» para que sean observados.¹⁷⁰ Aunque también es cierto que

¹⁶⁸ Esta tesis, la cual suscribo y que más adelante tendré en cuenta para hacer unos apuntes en función de mi propuesta de *traducción*, ha sido tomada como eje en el propio trabajo citado de Peña Freire (1997) y es uno de los puntos álgidos del debate llevado a cabo en la revista italiana *Teoría Jurídica*, como lo atestigua la polémica que al respecto plantea Mario Jori, “Ferrajoli sobre los derechos” en Ferrajoli *et al.*, 2001: 105-115.

¹⁶⁹ “La segunda tesis es que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de lo que llamaré dimensión «sustancial» de la democracia, previa a la dimensión política o «formal» de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría” (Ferrajoli en Ferrajoli *et al.*, 2001: 25). Igualmente recibo esta tesis, pero más adelante deberé hacer algunos apuntes críticos sobre la idea de democracia.

¹⁷⁰ Desde una perspectiva sociohistórica, es la ausencia de una *densidad cultural*, que las sostenga y permita su efectividad, la causa de esa “inobservancia” a contrapelo de la existencia de estipulaciones positivas. Más precisamente, como ha señalado Helio Gallardo: “Si derechos humanos no tienen como referente fundante una “naturaleza” humana pre-social ni valores como la “dignidad” del ser humano, ni tampoco su efectividad se desprende de estar dispuestos en normas jurídicas o de formar parte de la jurisdicción de tribunales locales o internacionales, entonces su

luego, al calor de esa polémica (Ferrajoli *et al.*, 2001) él mismo aclara el punto y lo coloca en una perspectiva nítida, en su desarrollo sobre las lagunas, el valor normativo de la teoría, etc.

He llamado la atención en ese punto, para dar cabida a una *lectura* diversa o, en todo caso, una lectura que viene a ser una ampliación del *punto de mira*, de modo que podamos pasar de la epistemología (analítica, funcionalista, sistémica) que ha predominado en el pensamiento jurídico moderno a otra (compleja, crítica y liberadora), que sea capaz de completar no solo el “cambio de paradigma del derecho” (Ferrajoli) sino el cambio de paradigma epistemológico de la teoría jurídica con que se imagina ese *nuevo* derecho. En todo caso, se trata de encontrar *pasajes de traducción* entre el modelo garantista y el pensamiento de liberación.

En ese sentido, la «ausencia de garantías» y la «inobservancia de derechos» – según lo señalado más atrás – categorialmente (teóricamente) no se traduce en una simple falta o imposibilidad de «identificar las relaciones sintácticas»,¹⁷¹ sino que es un problema, sobre todo, contextual e histórico en cuanto afecta la realización de la experiencia jurídica.

Desde nuestra perspectiva, un obstáculo que opera este efecto es una “inversión ideológica” (Hinkelammert, II-1990). Esta inversión se instala en el pasaje del derecho a la garantía dada su propia condición contingente. Así, si el *teorizar-para-actuar* sobre la experiencia jurídica es el objetivo del jurista, éste debe *hacerse cargo*, ya en sede teórica, de esa inversión ideológica. Esta es la forma que mejor entiendo para asegurar¹⁷² que no se absolutice y esclerotice, ya no solo el pasaje, sino el derecho y la garantía, pues si los derechos son historia, cuanto la garantía contextual, tienen que estar en un proceso de apertura. Asimismo, conforme pase el tiempo, las nuevas significaciones del derecho requerirán nuevas garantías, así como los avances sociales (cuando los haya) ofrecerán nuevas garantías a derechos que antes no las tenían (también una ampliación a la idea de *lagunas*).

Pasaje: Esta “inversión ideológica” es lo que pretendo abordar en el siguiente capítulo. A esos efectos, transitaré por otra bifurcación, una de cuyas vertientes tiende a elucidar,

cumplimiento efectivo debe seguirse de su densidad cultural. Esto quiere decir que derechos humanos están determinados por la sensibilidad que las poblaciones experimenten hacia ellos” (Gallardo, 2006: 9 –los entrecomillados son del original).

¹⁷¹ Por su parte, Ferrajoli salva este problema –siguiendo sus mismas distinciones analíticas – en *sede política*, con el postulado de que se trata de una «indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación» (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 26). Luego, al interior del derecho el problema se mantiene intacto, lo cual tendría que ser revisado cuidadosamente.

¹⁷² No digo que sea posible conseguir la eliminación de la inversión, pero si que hay posibilidades de enfrentarla y corregir sus efectos. En este punto intentaría establecer un *pasaje de traducción* con el sentido de “adecuación” que ya apuntaron Ferrajoli (en Ferrajoli *et al.*, 2001) y Peña Freire (1997).

de manera todavía oblicua, la inversión ideológica como obstáculo epistemológico; la otra vertiente llevará a reseñar brevemente cuál es la lógica de articulación del discurso de los derechos humanos, para así poder *localizar* en ese proceso la inversión ideológica del cual son objeto. Finalmente, se podrá analizar la inversión de derechos humanos a partir de un principio de jerarquización.

CAPÍTULO CUARTO

DERECHO MODERNO E INVERSIÓN IDEOLÓGICA: UNA MIRADA DESDE UNA SENSIBILIDAD DE DERECHOS HUMANOS

Donde llegados a la formación del derecho moderno como discurso, se revisa la lógica de articulación del discurso de derechos humanos, para *localizar* en ese proceso la inversión ideológica de la cual son objeto y que atraviesa todo el diseño jurídico moderno

“La *inversión* es reducida aquí a la más concisa de todas las fórmulas y engarzada en la imagen de la carne. Yo lo como a él: a mí él. La segunda parte, la consecuencia de aquello que yo he hecho, es entonces precisamente la palabra que designa la carne. El animal que uno ha comido recuerda quién lo comió. La muerte no acabó con este animal. Su alma sigue viviendo y en el más allá se hace hombre. Éste espera paciente la muerte de su devorador. Apenas este último muere y llega al más allá, la situación primitiva se invierte en su contraria. La víctima encuentra a su devorador, lo atrapa, lo corta y se lo come.”

Elías Caneti

I. De algunos acercamientos preliminares a la inversión ideológica

En la experiencia jurídica podemos detectar un obstáculo que lastra la imaginación jurídica; se trata de la *inversión ideológica*.¹⁷³ La inversión ideológica no es un concepto o noción dogmática, no se desprende del mero análisis de la legislación, según un método de exégesis positiva y sincrónica. Tampoco es una categoría en el sentido aristotélico, pues no alude a ninguna cualidad del ser, por más que el objetivismo del que se hace gala en la comunidad jurídica tienda a reificar los conceptos y tratarlos como cosas, como objetos.

¹⁷³ Esta es la noción que F. J. Hinkelammert (II-1990; 1996; 1998; 2003) ha utilizado para abordar el problema de la *realización frustrada* o de la perversión que se esconde en los discursos de emancipación y las prácticas hegemónicas; asimismo, es la visión que pretendo introducir en la reflexión jurídica. Por otra parte, Hinkelammert elabora esta perspectiva a partir de sus análisis de la teoría económica, los diálogos economía – teología, y la reflexión filosófica en la más genuina línea de la razón crítica, y con ella ha puesto en evidencia la inversión ideológica operada al interior del discurso de derechos humanos.

Tampoco es una categoría en sentido kantiano, pues no se trata de ninguna de las formas del pensamiento o del acto cognoscitivo.

En términos epistemológicos, la inversión ideológica adquiere un perfil *más* preciso¹⁷⁴ en la medida que la vemos referida a una *condición* del mismo proceso de categorización; en virtud de aquella este aparece interrumpido o distorsionado. En esa línea, el ocultamiento y los efectos que produce la inversión ideológica son un real obstáculo epistemológico en el sentido bachelardiano. También, podemos verla instalada dentro de la teoría de la verdad como una distorsión del “reflejo” (teoría especular modificada – Schaff, 1995) entre pensamiento y realidad. Ergo, puedo *apostar* (en el sentido de Pascal, según lo refiere Agnes Heller, 1999: 27 ss.) que se trata de una forma adecuada de explicar la dinámica de los procesos sociales en el tiempo (por eso diacrónica), pues hasta el momento considero que es *es la forma que mejor* explica cómo se van asentando, anquilosando, en el proceso de normalización las instituciones, valores, normas, etc.

Pero, ¿no viene a explicar lo mismo que la noción de “institucionalización”? Considero que con la noción de “inversión ideológica” se dice algo más que con la de “institucionalización”, ya que esta última sólo da cuenta, o bien del hecho sincrónico, de la permanencia de una mediación o concreción histórica, o bien del camino que lleva a la sedimentación o normalización, pero, de alguna forma, abandona o suspende el análisis y no sigue a esa mediación o concreción histórica normalizada en su proceso de absolutización y de proscripción de otras alternativas posibles. De otra manera: con institucionalización sólo captamos el proceso que lleva hasta la normalización (la historia *previa a*), y no contiene un elemento crítico (re-visión) que provea a su evaluación permanente (particularmente que se haga cargo de la historia *posterior a*). En cambio, con la noción de “inversión ideológica” (y la exigencia de su *elucidación*) captamos ambos momentos, o, lo que es lo mismo, se capta el momento de normalización y se activa el elemento crítico (*autopolémica*) frente a su absolutización.

Por otra parte, otros han captado la inversión ideológica en el derecho,¹⁷⁵ pero no ha sido ampliamente desarrollada. En la medida que esta noción de “inversión ideológica” es parte del instrumental teórico complejo, diverso y amplio de un pensamiento alternativo (el *pensamiento de liberación*), y habida cuenta de que no puede haber ciencia del derecho sin historia (ambas forman parte de una y la misma cosa), intentaré hacer una *traducción* de la noción “inversión ideológica” (en cuanto idea del pensamiento de liberación y vinculada a la historicidad de las producciones humanas) al campo jurídico, como

¹⁷⁴ Siempre es sinuosa, huidiza como su padre discurso y su madre ideología.

¹⁷⁵ Por ejemplo, Ricardo Orestano se refiere a “una «inversión» de la relación entre «derecho subjetivo» y «derecho objetivo»” como parte de una “gran transformación de fondo entre 1800 y 1900” (1997: 350); o el mismo Kelsen, *aunque sin verla*, como intentaré mostrar en el *Capítulo V*. No obstante esos antecedentes, la lectura que hago aquí pretende ser más amplia y su procedencia es desde los *márgenes*.

forma de (aporte o insumo para) superar la crisis del derecho y de la razón jurídica. Asimismo, porque no me satisfacen¹⁷⁶ los modelos sistémicos, autopoieticos, funcionalistas y afines, para dar cuenta de nuestro objeto y función en cuanto juristas; en fin, porque tengo afección por los postulados del pensamiento garantista, aunque considero que su enraizamiento analítico y aspiración sistemática opera como una camisa de fuerza.

§ 19. Para los efectos de este caminar, quizá de manera un tanto arbitraria, asumo provisoriamente el concepto “*pensamiento de liberación*” para referirme a las diversas manifestaciones que asumieron las ciencias sociales y las prácticas emancipadoras en el contexto latinoamericano en el último tercio del siglo XX. Ello debido a que el propio término “*liberación*” fue reivindicado y asumido como *bandera* y como *proyecto* de acción por los sectores más comprometidos en esas prácticas emancipadoras. Este es un pensamiento que ha logrado superar la *declaratoria de muerte de la utopía* hecha desde las agencias del neoliberalismo y neoconservadurismo finisecular, bajo la acusación de que *queriendo alcanzar el cielo produjeron infiernos*, cuando más bien hoy vemos que son los *infiernos neoliberales* los que se propagan por el globo. Se trata de un *pensamiento situado*, que busca elucidar las condiciones históricas (sociales, políticas, económicas, culturales, etc.), con sus actores y dinámicas de acción, escenarios y factores, etc., de la coyuntura, para formular ensayos, siempre plurales, de vías para el futuro y con responsabilidad del presente.¹⁷⁷

En este concepto provisorio de *pensamiento de liberación* se pueden incluir los aportes de la denominada Teoría de la dependencia, la Pedagogía liberadora de Paulo Freire, la Teología de la liberación, la Filosofía de la liberación y la Estética del realismo mágico, entre otras.

En la mayoría de los casos, se trata de diversas corrientes o tendencias, con puntos de intersección y otros de divergencias, algunos muy marcados, por lo cual hay que reconocer un grado de simplificación teórica en esta generalización. Esto es muy señalado en los casos de la Teoría de la dependencia y la Filosofía de la liberación, en las cuales la polémica interna ha sido a veces demasiado agria; quizá menor en el caso de la Estética de lo real maravilloso, en la cual la conflictividad entre los autores se estableció en el ámbito de sus afinidades ideológicas más que a cuestiones propiamente estéticas respecto a un *estilo*.

Mayor consistencia y sistematicidad se logró en el campo de la Pedagogía liberadora, quizá debido a la efectiva y prolongada actividad de su máximo representante, Paulo Freire, lo cual le dio mucha unidad a esta tendencia (hoy cabe la interrogante de si lo mismo se puede esperar de la posterior generación de freireanos y freireanas, radicada principalmente en Estados Unidos). Asimismo, en la Teología de la Liberación también se logró una

¹⁷⁶ No es sólo cuestión de preferencia, teórica en este caso, sino de *pertinencia*. No obstante, esto no me inhibe de utilizar, en algunos casos, elementos de esos modelos criticados, pero siempre *bajo sospecha* y de manera provisional.

¹⁷⁷ Un esfuerzo importante por introducir en la Filosofía del derecho las perspectivas y aportes de este pensamiento de liberación, es el de David Sánchez Rubio, 1999.

considerable sistematización y coherencia interna, aunque ya en su interior se admitía la existencia de diversas teologías, pero era debido principalmente a la diversidad de los campos temáticos a que se abocaron los teólogos y teólogas de la liberación, por un lado, y a la tradición a que pretendían responder, por el otro lado.

Es de advertir que el pensamiento de liberación no se restringió ni redujo a estos campos, aunque ellos fueran los que lograron mayor repercusión internacional y debates académicos, ideológicos y políticos. Hay otras manifestaciones que podemos decir “menores” (si tomamos en consideración ese factor de proyección, pues son igualmente mayores en términos de consistencia científica y pertinencia práctica), como la Psicología social de la liberación, en la línea en que fuera desarrollada por Ignacio Martín-Baró, cuyos atinentes estudios sobre las formas de socialización para la dominación de género y de clase, así como sobre el impacto de la guerra en la conformación de una cultura de la violencia, igualmente afín a ese proyecto de dominación, fueron interrumpidos con su asesinato. Esta tendencia también adhería y reclamaba una “psicología para la liberación” y partía de postulados filosóficos y metodológicos afines a las otras corrientes señaladas.

De esta forma, *elucidar* la inversión ideológica resalta como:

- 1) *Elemento hermenéutico*: hay que cerrar la cisura entre teoría y práctica. Este esfuerzo discurre por la vía de los antiguos romanos, que con el término *ars*, con el cual calificaban el derecho –*ius*–, traducían los términos griegos *techné* y *theoría*.
- 2) *Factor crítico*: por cuanto las exigencias para la superación de la crisis del derecho y de la razón jurídica pasan por la *superación* (superación no significa abandono o desecho, sino reutilización, reubicación a partir de...) de los métodos positivistas (exegéticos y dogmáticos).
- 3) Además, se puede llegar a *una mejor* comprensión de los problemas reales o la condición misma del derecho, que es su “reversibilidad” o condición paradójal. De forma que el momento de *elucidar* la inversión ideológica debería ser incorporado, en términos estrictamente teóricos, en el mismo acto de categorización de la experiencia jurídica, en cuanto material base de toda la reflexión jurídica.

Según las consideraciones que haré, el ocultamiento o invisibilización de la inversión ideológica resulta un obstáculo epistemológico, pues es cerrarse a la “paradoja de la contingencia” (Heller, 1999), siendo la contingencia la condición moderna, por ende, la condición del derecho y su ciencia. Por eso insisto en la incorporación de este *momento de elucidación* o discernimiento, como dispositivo crítico-evaluativo, ya no sólo como mirada externa, sino como re-visión al interior del derecho mismo.

En fin, si desde una sensibilidad de derechos humanos categorizamos el derecho como experiencia jurídica, la inversión ideológica aparece recién cuando se articula un

espacio o *campo*¹⁷⁸ de intereses y luchas, que cuando se normalizan tienden a absolutizarse sobre la base de la exclusión de cualquier otra alternativa posible; por tanto, supuesto el carácter democrático de la experiencia jurídica y en virtud del principio de secularización, ésta debe ser permanentemente interpelada y en ella elucidada su potencial inversión ideológica con lo cual, a la vez, se logra *abrir* el campo a la pluralidad de alternativas posibles.

II. De la formación del discurso en la modernidad

Continuando con esta revisión de la idea de *inversión ideológica* me surgen más preguntas: ¿Cómo opera esa inversión ideológica? ¿Cómo la podemos reconocer? ¿Dónde aparece? Para intentar responder tengo que volver a revisar la forma en la cual se articulan los discursos en la modernidad occidental capitalista.

En la perspectiva de Michel Foucault (1999), la modernidad ha instaurado una serie de *procedimientos* de control y delimitación del discurso, algunos *externos* (como la exclusión) y otros *internos* (como las reglas). Aparecen, entonces, *lo prohibido* (v.g., la veda de la sexualidad y de la palabra en la política; el poder *decir* no es sólo la narración de las luchas o los sistemas de dominación, sino el medio y la finalidad de esa lucha), *lo separado* (v.g., la diferencia y oposición entre la razón y la locura, con el consiguiente rechazo de esta última) y *lo opuesto* (v.g., entre lo verdadero y lo falso; se establece una nueva voluntad de saber en cuanto voluntad de verdad, que trasciende el ejercicio del poder y deviene discurso científico), entre los primeros. De esta forma, como ya hemos visto, no hay una gratuidad en el carácter *oposicional* y *posicional* de los discursos de la modernidad.

Siguiendo esa senda, podemos encontrar tres procedimientos que –considero– resultan de suma importancia, toda vez que operan como *dispositivos discursivos* o claves de lectura (hermenéutica), los cuales están instalados en el imaginario como su sustrato más arcaico y se activan, particularmente, en contextos de absolutización ideológica. Se trata, en un caso, de la instauración de *lo uno*, como principio de cuanto existe y la consecuente

¹⁷⁸ La noción de “campo” está tomada de Bourdieu, para quién “... el campo es la sede de un régimen de racionalidad instituido en forma de disposiciones racionales que, objetivadas y manifestadas en una estructura determinada del intercambio social, suscitan la complicidad inmediata de las disposiciones que los investigadores han adquirido, en gran parte, gracias a la experiencia de las disciplinas de la comunidad científica. Estas disposiciones los sitúan en estado de construir el espacio de los posibles específicos implícitos en el campo (la problemática) en forma de un estado de la discusión, de la cuestión, del saber, encarnado a su vez por agentes e instituciones, figuras destacadas, conceptos terminados en –ismo, etcétera. Estas disposiciones les permiten hacer que funcione el sistema simbólico propuesto por el campo de conformidad con las reglas que lo definen, las cuales se les imponen con toda la fuerza de una imposición *a la vez lógica y social*” (1999: 150-151 –las cursivas son del original; en el mismo sentido García Inda, 1997: 151. Asimismo, téngase en cuenta la idea de *espacio social* desarrollada por Milton Santos, 2000).

proscripción de la diferencia, de la otredad. En el otro caso, es la separación entre *vida* y *muerte*, con la consecuente ruptura del *ciclo natural de la vida* y el enquistamiento de una cultura de muerte, que la promueve y celebra; particularmente se trata de la ruptura con una visión de la vida y la muerte como momentos dialécticos de la existencia y su desplazamiento hacia una linealidad temporal, de forma que se constituyen en extremos contradictoriamente sucesivos. Y, en el tercer caso, está la oposición *amigo-enemigo*, con la cual se convierte al diferente o contradictor en extraño, por tanto, peligroso, por tanto, enemigo o bestia que debe ser destruida. Estos mecanismos los podemos ver en un discurso fundante como el de John Locke (cfr. Hinkelammert, 2003: 85-86).

Más adelante, Foucault discierne las *nociones reguladoras* de la formación del discurso: el “acontecimiento”; la “serie”; la “regularidad”, y la “condición de posibilidad”. Estas nociones reguladoras se despliegan en el campo (Bourdieu) o contexto de las prácticas que promueven y sostienen esos discursos. Así, por ejemplo, en el campo (del discurso) jurídico podemos encontrar operantes u operativas esas nociones reguladoras, como se puede apreciar en el *Esquema IV*.

<i>Esquema IV</i>	
Noción reguladora	Discurso jurídico
el acontecimiento	El <i>caso</i> : este da cuenta, particularizadamente o aisladamente, de un <i>hecho jurídico</i> producto de un <i>efecto</i> . El caso puede realizarse mediante el dictado del “acto administrativo”, en sede administrativa, o de la “sentencia judicial”, en sede jurisdiccional.
la serie	La enunciación secuenciada de los “hechos fuentes” o “fuentes normativas”: constitución, tratados internacionales, leyes ordinarias, costumbre, jurisprudencia, doctrina y principios generales. Otro ejemplo es la serie en la construcción dogmática: término → noción o concepto → instituto → principio general.
la regularidad	Tipicamente el caso de la norma jurídica.
la condición de posibilidad	La relación/distinción entre validez – vigencia; legitimidad - eficacia.

- El *acontecimiento* es fijación en el tiempo, pero en un *tiempo lineal*, que es tiempo de espera en el cual no se puede retornar al pasado conocido y se tiende al futuro, aunque de manera incierta, casi sin posibilidad de calcularlo teóricamente (Cappella, 1993: 17.18). Se impone, por tanto, un proceso lineal, por etapas, que rechaza cualquier dialéctica e instaura el *caso* como unidad de análisis; esto da un carácter eminentemente casuista al derecho moderno. En materia de derechos humanos, esta lógica del acontecimiento, del caso jurídico, se corresponde con

una epistemología inequívocamente occidental, cuya atención está concentrada en el átomo social, el individuo, y en el átomo conceptual, la variable de *los* derechos humanos específicos, como nos recuerda Galtung (1998: 27).

- La *serie* es posición y disposición en el espacio discursivo en el cual cada retículo o fragmento enunciado ocupa un lugar (y no otro) específico, que le da su valor (*v.g.*, la cuestión de la validez de las normas particulares en Kelsen). La enunciación secuenciada de *los* derechos humanos permite a la corriente institucionalista liberal de derechos humanos, que habla de las “*generaciones*”, establecer el valor y constrictividad de unos y otros de los derechos enunciados según la posición que ocupen en tal serie enunciativa; así, serán fundamentales los de primera generación (civiles y políticos) o de cumplimiento progresivo – como se suele decir – los de segunda y restantes generaciones (económicos, sociales, culturales, de autodeterminación, ambientales, etc.).
- La regularidad es *binaria*, como la misma norma jurídica (centro de imputación de ciertos efectos a determinados hechos, como reza la doctrina normativista), que da unidad y homogeneidad a todo el discurso jurídico. Que esto sea así no puede no estar relacionado con la instauración de una racionalidad mecanicista y la visión causalista respecto de la naturaleza (causa – efecto) y, en el siglo XIX, con el influjo del instrumentalismo cientificista en auge, que tendió a reducir la realidad y la complejidad de la acción a términos de *medio – fin*, cuyo remate será dado por Weber. Asimismo, el lenguaje que asumen, finisecularmente (siglo XX), las tecnologías cibernéticas (*v.g.*, la informática, inteligencia artificial, algunas versiones del análisis sistémico, etc.) y las propuestas sobre la “realidad virtual” es igualmente binario.
- La *condición de posibilidad*: la conciencia de la contingencia –como condición moderna, nos recordaba Agnes Heller, 1999 – exige determinar el marco en el cual se inscribe el discurso. Las palabras del discurso (moderno) no tienen potencia por sí mismas, como en el decir de la magia, por ejemplo, y tampoco son enunciadas con un significado más que el que les dan los sujetos interlocutores (convencionalismo). Esto obliga a establecer las reglas de reconocimiento de esas palabras y sus significados, aquello que les otorga validez y legitimidad como palabras que pueden enunciar una verdad, o describen su vigencia y eficacia como palabras que articulan y enuncian una praxis. En el campo jurídico estas son las condiciones de posibilidad para enunciar los derechos, que sean válidos y legítimos, o reconocer sus garantías, que sean vigentes y eficaces.

Por otra parte, Franz J. Hinkelammert (II-1990; 2003) ha señalado que el poder, a través de la recuperación funcional del discurso de *los* derechos humanos, que en principio han sido postulados y reclamados por los movimientos de emancipación, ha desplegado un potencial de muerte nunca antes alcanzado. Diciendo “vida”, “democracia”,

“libertad” el poder (de carácter imperial) produce muerte, exclusión y dominación. Esta inversión ideológica se hace a través de la *abstracción trascendental* de las demandas de los sujetos concretos que las postulan y reclaman y la *absolutización* de las concreciones históricas en que encarnan esos reclamos.

En contextos de *absolutización ideológica*,¹⁷⁹ en virtud de la inversión ideológica se activan los dispositivos o procedimientos discursivos señalados (sacralización de lo uno o monismo; vida – muerte; amigo – enemigo). Además, cuando el poder vive la *ilusión* de su absolutización es cuando, paradójicamente, se vuelve más realista, pues ya no tiene que ocultar su carácter opresivo-agresor. Es sólo en ese momento cuando recién puede decir lo que realmente hace; así, puede dejar su tono utópico («estamos construyendo el único mundo posible...») y adquiere un talante antiutópico («quien pretende construir el cielo en la tierra, construye infiernos...»). Mas también es cierto que el antiutopismo es un *utopismo no reflexivo*, incapaz de asumir su *respectividad*, de *hacerse cargo de sí* –en el sentido de Ellacuría, 1990–. Por eso hace su aparición el discurso cínico: «los derechos humanos son un postulado del Estado de derecho que, a su vez, no los puede realizar, por eso bastaría con que no los postulase para que no incurra en su incumplimiento...»; o bien, «la economía es, en realidad, un campo de batalla, y no hay batallas en las que algunos no mueran...». El discurso cínico no es un discurso tradicionalmente ideológico, por eso también resiste la crítica ideológica tradicional, pues responde a racionalidades diversas y hasta opuestas (incomensurabilidad); por tanto, sólo cabe enfrentarlo denunciando su destructividad, pero sobre todo postulando un principio distinto a aquel que defiende; por ejemplo, se trataría de enfrentar el principio de eficiencia empresarial postulando los principios de solidaridad, de vida digna, entre otros.

§ 20. La concepción *lineal* del tiempo es típicamente cristiana, como han evidenciado, entre otros, Capella (1993) y Galtung (1998). Sin embargo – habría que precisar –, se trata de la visión sobre el tiempo del *régimen de cristiandad* y no de la visión evangélica, aún cuando se considere el texto de Lucas como la instauración de esa visión lineal. El evangelista habla de un antes (el *tiempo de la Promesa*), un ahora (el *tiempo del cumplimiento en Jesús*) y un después (el *tiempo de la plenitud del Reino*), pero, en ningún caso, se deriva de ello una lectura lineal, pues la propuesta lucana es dialéctica, ya que el tiempo de la Promesa se prolonga e imbrica en el tiempo del cumplimiento, que solo se entiende como fructificación de aquel: es el

¹⁷⁹ Digo absolutización ideológica pues considero que esta es una constatación que se obtiene con sólo dar una mirada alrededor y escuchar como se repite que ya no estamos en tiempos de los grandes relatos, que eso es asunto del pasado pues se ha decretado el final de las ideologías, etc. Pero es lo cierto que, frente a esa contestación y clausura de las ideologías (en realidad sólo de algunas ideologías), se pretende imponer un discurso aún más avasallador, a saber, que ya no hay ideologías, lo cual es una ideología única que niega su carácter como tal, y esto sólo ocurre cuando se pierde el horizonte histórico y la noción de contexto que llevan a un estadio de “absolutización”, desgraciadamente la Historia es rica en ejemplos de esta situación.

kairós o tiempo oportuno. A la vez, el tiempo del cumplimiento es un *ya pero todavía no* (Rahner), no es la instauración cerrada o estática del presente sino la realización definitiva de la Promesa y la anticipación realizativa del tiempo de la plenitud. Y es el tiempo de la plenitud del Reino lo que da sentido a la misma Promesa, por el cual esta se hace. Por el contrario, va a ser la visión del régimen de cristiandad (imperialista) que adopta la forma burguesa de la sociedad moderna la que coloca el tiempo en una perspectiva lineal, mediante una evidente inversión ideológica en la cual, sin cambiar los términos, se trasvasa otro sentido: antes (pasado); ahora (presente); después (futuro). Esto se logra mediante la introducción y adopción del progresismo o mito del progreso como mito básico de la modernidad, en un contexto crecientemente colonizado por las demandas burguesas de dominio y transformación (tecnológica) de la naturaleza y aceleramiento de los procesos (eficiencia); de esta forma, los términos se vacían del contenido original y se sustituye su significado, de manera que se establece una historia de carácter etapista y fixista, que clausura el pasado, fija el presente y se ve lanzada a un futuro incierto, solo satisfecho por la ilusión de alcanzar el *desarrollo* final.

Reiteradamente he sostenido la necesidad de prestar atención permanentemente a las condiciones históricas en las que la imaginación jurídica elabora sus constructos teóricos (v.g., “norma”, “hecho jurídico”, “fuente normativa”, etc.), por el peligro y la tentación del “olvido de la historia”, del que nos previniera Bourdieu, 1999: 62 ss. Por otra parte, si además de olvidar esa condición nos ubicamos en contextos de absolutización ideológica (como el que vivimos en este inicio del siglo XXI), nos encontraremos esos constructos de la imaginación jurídica en su forma invertida – generalmente identificadas como *-ismos*, como ha señalado el mismo Bourdieu, 1999: 150-151.

Volviendo a las relaciones de nuestro *Esquema IV*, si establecemos las correspondencias de las nociones reguladoras en el discurso jurídico con sus formas invertidas ideológicamente, nos topamos con lo siguiente:

- El *caso*: Teóricamente, la lógica del caso recorta y abstrae los hechos de su contexto y los adecua a una formulación típica preformada (subsunción);¹⁸⁰ tal adecuación se da, por ejemplo, respecto de la voluntad *reglada* (principio de legalidad) del órgano que dicta el acto administrativo o impone la sentencia. Pero, pragmáticamente, cuando se olvida la historia que impone aquella “voluntad reglada” y no se es capaz de ver que lo que teóricamente representa la voluntad y el interés de todos no es sino la voluntad arbitraria de unos, que tienen poder para imponerlo, y, además se está en una tensión de absolutización ideológica, entonces, el caso termina siendo ratificación (legitimación) de lo existente, que se fija como presente de un pasado al que no se puede volver y en espera de un futuro incierto (Capella, 1993). Por ejemplo, en el

¹⁸⁰ Para una crítica del fixismo en la construcción del hecho jurídico en el derecho privado, véase Fachin, 1998; 2000.

proceso penal, la calificación jurídica de un hecho (particularizado) se traslada al sujeto imputado cuya condición (humana) se invierte y se fija, en adelante, como “delincuente”, en espera de una redención incierta (la pena). En el ámbito civil, en nombre de la libertad, se hace abstracción de las condiciones materiales (necesidad) de los sujetos y se los asimila a un abstracto individuo propietario, iguales *inter pares* pero siempre distintos, solo conectados mediante un vínculo mercantil que los obliga recíprocamente y los coloca (posición y disposición) en la escena de la nueva socialidad instaurada: el orden capitalista burgués (Barcellona, 1996: 49). ¡Acaso no hay aquí una gran inversión, cuando prometiendo libertad se establecen las nuevas subyugaciones del sujeto, reducido individualmente y sometido al orden burgués!

- La *serie* de las “fuentes normativas” positivamente dispuesta (constitución, tratados internacionales, leyes ordinarias, costumbre, jurisprudencia, doctrina y principios generales) y teóricamente consagrada (la pirámide normativa de Kelsen) aparece pragmáticamente invertida en lo que Raúl Zaffaroni (1992) ha llamado el “estado decretal”, para describir la forma predominante en los estados latinoamericanos en los cuales la constitución es una bella declaración de principios pero la última fuente de derecho efectivo.
- La *regularidad* establecida en (y mediante) la norma jurídica aparece ideológicamente invertida en el proceso de lectura (interpretación; hermenéutica) en el cual se instalan procedimientos o dispositivos discursivos tales como *crimen – castigo*, que interfiere en la interpretación de las normas particulares, principalmente en el derecho penal; *amigo – enemigo*, que se constituye clave de lectura de derechos humanos por parte de los poderes que enuncian derechos; *vida – muerte*, ambos extremos son sacados del círculo natural de la vida y se reprocha como fatalidad de la dinámica de las emancipaciones.
- Las *condiciones de posibilidad* quedan mayormente reducidas, en virtud del formalismo logicista a la validez (formal); mientras que la vigencia de una norma, que teóricamente se presumiría enunciativa de un derecho, se invierte ideológica y pragmáticamente al constituirse en el límite de *lo que se puede...* (principio de legalidad paleo-positivista) con abstracción de lo que *se necesita...*; la legitimidad queda reducida a la constatación de la voluntad estatal y la eficacia se reduce a eficientismo, como respuesta al reclamo del análisis econométrico y cuantitativista del derecho.

De esta manera, los constructos de la imaginación jurídica no solo resultan estériles respecto de su utilidad y función práctica (recordemos, con Orestano, 1997, que las elaboraciones jurídicas son para operar); luego, tampoco pueden dar cuenta de las innovaciones *del/en* el mundo, sino por el contrario tienden a imponerse como formas cuasi-sacralizadas e irrecusables (naturalismo), que pesan como loza sobre cualquier pretensión de satisfacción de necesidades concretas (peor si éstas se entienden como contrarias al *status quo*) y operan como obstáculo al cambio social.

III. De lo que ocurre en sede axiológica cuando se establecen las tablas de valor: el *principio de jerarquización*

Dadas las obvias limitaciones de espacio y oportunidad y según se ha podido ver en lo que llevo expuesto, entre la diversidad de planos que podemos distinguir en el discurso jurídico (o bien, los distintos discursos sobre lo jurídico), en lo que sigue me centraré en el plano axiológico (Orestano, 1997: 458). En este registro, es menester revisar, aunque sea rápidamente, un aspecto en el cual convergen las diversas corrientes doctrinales sobre el fenómeno axiológico, ya que todas (o casi todas) se plantean el asunto de las *escalas* o *tablas* en que aparece dispuesto el conjunto de los valores (*orden jerárquico*). La cuestión radica en la disposición (*jerarquía*) de los valores en el *universo* axiológico. En todo caso, si se lo quiere ver desde la óptica de la relación *medio – fin*, si un valor deviene medio para alcanzar otro valor este último se constituye fin, por tanto, en valor superior respecto del primero, pero ambos valores ocuparán siempre un lugar en esa disposición jerárquica. Además, sucesivamente se podrán establecer unas cadenas medio – fin más o menos largas, más o menos complejas, en las cuales unas veces un valor aparecerá como medio y otras como fin, por ende, como superior respecto de aquel que le sirve de medio, todo de conformidad con cada corriente doctrinal. Esto es así aún cuando cada corriente doctrinal, a su vez, considere superior uno u otro valor.¹⁸¹ En todo caso, esta relación de mutua dependencia y alternancia entre los diversos valores está dada por la insuprimible *respectividad* de cada uno y de todos entre sí, de modo que aún desde la perspectiva medio – fin, para que haya un valor superior debe haber un valor subordinado y a la inversa; por eso mismo, en términos de escala jerárquica, no puede haber valores excluidos (podrán ser desplazados, postergados, minusvalorados, etc., pero no eliminados, sin embargo, cuando no hay un *afuera* del sistema, “exclusión” significa “eliminación”), sino que todos deben tener una posición, de lo contrario el sistema deviene absurdo. Un valor exclusivo, único, que haga caso omiso de su respectividad (lo que de todos modos es irrelevante para que sea igualmente en respectividad), no es valor sino prepotencia.

¹⁸¹ Es llamativo –como se verá en el capítulo siguiente– el hecho de que Kelsen aplique dos raseros distintos para los valores. Respecto de los *valores de justicia* admite que hay una contradicción entre unos y otros; pero respecto de los denominados por él *valores objetivos* o *juicios de valor jurídico*, aquellos que expresan la relación entre una conducta y una norma general, aún cuando sostiene su jerarquización, no detecta ninguna contradicción. Para él, “[los] juicios de valor jurídicos presentan una estratificación que corresponde a la de las normas jurídicas. Dado que cualquier juicio de valor jurídico expresa una relación entre una conducta humana y una norma jurídica, estos juicios forman un sistema que presenta la misma estructura que el sistema de normas jurídicas” (“Los juicios de valor en la Ciencia del Derecho” en Kelsen, 1992: 141). Lo cierto es que aun cuando ve una jerarquización, se ciega al *principio* que la hace operativa y la ve como un automatismo reflejo; eso sí, a cuenta de no admitir la absolutización de los valores jurídicos, pero sí los de justicia, cosa que no explica en ninguna parte.

§ 21. El conjunto de valores forma un orden jerárquico en la medida que “[habitualmente], están unidos en «tablas» o «escalas» de valores y existen situaciones en que los valores concretos pueden ser los mismos, idénticos, pero dispuestos de manera diferente – gradualmente – en cada «tabla», por lo que sucede que, desde su posición relativa, unos adquieren relieve respecto a otros” (Orestano, 1997: 458 –los entrecomillados son del original).

Esto puede ser recibido sin mayor problema; pero se complica cuando, con una lectura exclusivamente *oposicional* (que oculte su contraparte *posicional*) y desde la perspectiva de una racionalidad instrumental, se considera la relación entre los valores *exclusivamente* según el esquema medio – fin. También aparece oscurecida la cuestión cuando –como parecen suponerlo Kelsen y Bobbio (*Capítulo V*) – se habla de una supuesta contradicción entre valores, en virtud de la cual un valor (considerado absoluto) debe ceder excluyentemente frente a otro (igualmente considerado absoluto).

Sin embargo, para todos los efectos: (1) que orden jerárquico de los valores y contradicción de valores sean cuestiones análogas tiene un efecto eminentemente ideológico (en sentido de falsificador y oscurecedor), pues la contradicción entre valores se da, si y solo si, se los toma en ese presunto “carácter absoluto” y (2) siempre que se bordee el terreno de lo “absoluto” (v.g., “valor absoluto”; “igualdad absoluta”; “paz absoluta”; “libertad absoluta”; “justicia absoluta”, etc.), al punto de verlo como límite o como aspiración, en cuyo caso caemos en el ámbito del idealismo, aunque ello no se quiera reconocer y se pretenda ocultarlo de mil formas.

De una manera en extremo simplificada y sin detenerme en las múltiples variantes, por relevantes que sean, según las más preponderantes corrientes doctrinales, el problema de la jerarquía de los valores se puede enfocar así:

- ❖ Desde el *objetivismo o cognitivismo axiológico*: si los valores existen por sí mismos y son autoevidentes, la pregunta por cuál es el valor absoluto es un problema de conocimiento; es decir, en el carácter ontológico de los mismos valores está ya su disposición en la jerarquía axiológica. La pregunta por el valor absoluto, pues, sólo remite al ámbito de oscuridad o de ignorancia del (de los) sujeto(s), más que a un dato que pueda alterar el orden jerárquico de los valores.
- ❖ Desde el *relativismo cultural o culturalismo*: si los valores son relativos a los contextos culturales que los producen y ostentan, el orden de importancia de los valores conforme al cual se jerarquizan unos respecto de otros está determinado por el propio contexto cultural. Luego, en último término, el valor absoluto será el mismo contexto cultural, que opera como la autoridad máxima y en función de la cual se ordenan todos los demás valores.
- ❖ Desde el *relativismo analítico y el emotivismo*: si los valores no existen como entidades, sino que cuando aparecen en el discurso se trata más bien de valoraciones,

es decir, son la expresión semántica de un estado mental, o bien, la verbalización de una preferencia emocional del (de los) sujeto(s); por consiguiente, el orden que asumen tales valoraciones está dado, igualmente, por esas preferencias subjetivas. Teniendo en cuenta el modelo individualista que subyace a estas corrientes doctrinarias, la solución que cada sujeto sigue, en realidad, resulta irrelevante, ya que ninguno puede aspirar a constituir un orden que constriña a los otros a seguir sus preferencias.

- ❖ Desde una posición *sociohistórica*: los valores surgen y están vinculados al conjunto de prácticas sociales ubicadas históricamente; su observancia se sigue de la densidad cultural en que se inscriben, es decir, de la sensibilidad que las poblaciones experimenten hacia ellos (Gallardo, 2006), por lo cual es posible que, en una situación dada, una población experimente afecciones contrarias y actúe de manera contradictoria con los valores que postula. Los valores están asociados a las racionalidades que imperan y guían la acción social, y representan el conjunto de aspiraciones de humanidad, dignidad, justicia, entre otras, en torno de las cuales se proyectan y realizan los diversos tramados político-culturales, institucionales y normativos. Asimismo, para un discernimiento de los valores imperantes y su particular ordenamiento (cuando lo haya, pues no responde a un automatismo mecanicista) hay que atender el conjunto de subjetividades/fuerzas sociales que intervienen en un mismo espacio social.

De esta forma, si nos atenemos a las opiniones mayoritarias, se establece siempre una *jerarquización* (tablas de valor) entre los diversos valores en juego; jerarquización que siempre es convencional y funcional al contexto en que se inscribe la doctrina o tendencia en cuestión,¹⁸² cuyo *principio ordenador* (juicio normativo: conforme *al cual...*) se establece a partir de una decisión¹⁸³ sobre cuál es el *valor fundamental*.¹⁸⁴ Luego, éste *valor fundamental* es el que opera como *principio de jerarquización*,¹⁸⁵ a partir y en función de éste prin-

¹⁸² Esto es cierto inclusive para las tendencias objetivistas, dentro de las cuales unas priman unos valores frente a otros, y todas alegando que son valores *en sí*, ontológicamente consistentes, pero cada una con su propia tabla de valores.

¹⁸³ No se trata de un decisionismo cognitivo-individualista, por el cual los individuos conocen y deciden; se trata de un accionar moral (universal) en tanto que dato incorporado en los sujetos por el contexto socio-cultural histórico.

¹⁸⁴ Pregunta para una *filosofía primera*: si la determinación del “principio de jerarquización”, que será asumido como valor absoluto o fundamental, es un aspecto decisional (convencional), y para poder establecer una jerarquía de valores siempre debe darse esa decisión primera, entonces, en rigor ¿no sería la posibilidad o ámbito de esa decisión primera lo que se vendría a constituir en el valor fundamental? ¿acaso no sería esta una vía para fundar la libertad, mas no como libertad de lo que se elige (celebrada en el consumismo) sino la libertad de elegir?

¹⁸⁵ La intuición de este *principio de jerarquización* rompe con las tesis sustancialistas u ontologicistas, pues evidencia que cada orden jerárquico, cada tabla de valores, no es ontológicamente fija, inmutable, sino que también proceden de una acción humana, una convención (como convención es el

cipio de jerarquización todos los demás valores, subordinados y en distinto grado de cercanía, adquieren *validez*. En el ámbito pragmático, la misma *vigencia* de los valores individualizados o específicos (v.g. igualdad, belleza, libertad, honestidad, solidaridad, eficiencia, etc.) estará dada por la coherencia y funcionalidad respecto a la manutención del valor fundamental.

Respecto a la argumentación kelseniana puedo adelantar la consideración de que, por una pretensión analítica y antimetafísica, este autor no sólo asume los valores en su aspecto semántico y meramente conceptual sino que desplaza la discusión axiológica del punto de mira teórico, con lo cual obvia el contexto de producción de la misma teoría, por tanto, obvia el problema del fundamento de los valores, del derecho objetivo o positivo, de derechos humanos, etc. De esta forma, la teoría deviene infundada, pero no por faltarle un fundamento teológico, metafísico o racional (un *prius*, como era la pretensión de los iusnaturalismos escolástico, metafísico o racionalista), sino porque tiene los *pies de barro*; es decir, porque se construye *en abstracto* (que es distinto a *construir abstractamente a partir de*), con *aparente*¹⁸⁶ prescindencia de una *praxis*, que es su punto de partida (como realidad que le trasciende), su camino y su punto de llegada (como *empiría* en cuanto realidad trascendente a que se accede mediante conceptos universales, para actuar). Por consiguiente, procediendo de esa forma:

- 1) se llega a despojar la sensibilidad de derechos humanos de su condición de *modos de vida* (dimensión práctica en la que adquieren *pertinencia* los valores) y se la reduce a meras cuestiones valóricas;
- 2) se *transforman* las diferencias entre un valor y otro en *oposiciones irreductibles*¹⁸⁷ según el esquematismo *bien – mal*,¹⁸⁸
- 3) que se traduce en la secuencia *amigo – enemigo* como estrategia de la inversión ideológica de derechos humanos, ya establecida por el mismo John Locke (Hinkelammert, 2003).

lenguaje que se utiliza para referirse a ella y para expresarla) que se da en un contexto sociohistórico.

¹⁸⁶ Decimos “aparente” porque ni aún cuando ingenuamente se pretenda hacerlo así opera de esa forma, por lo cual su *pureza* y *asepsia valorativa* deviene en ideología, en ocultamiento de la realidad y falseamiento de la teoría misma.

¹⁸⁷ El mismo Bobbio lo confirma: “Los valores últimos, además, son antinómicos, no pueden realizarse todos a la vez” (I-1991: 56).

¹⁸⁸ Podemos decir que esta inversión ya la veía Bobbio cuando afirmaba: “El fundamento último no es ulteriormente discutible, así como el poder último debe ser obedecido sin discusión. Quienes resisten al primero se colocan fuera de la comunidad de las personas racionales, y los que se rebelan frente al segundo se colocan fuera de la comunidad de las personas justas o buenas” (I-1991: 54); pero lo cierto es que tampoco llevó ese argumento a su misma reflexión y, de alguna manera, terminó deslizándose por el antiutopismo irreflexivo.

Volviendo a un registro más amplio, ubicarnos en esta dimensión axiológica como lugar privilegiado, pero no exclusivo ni suficiente, para afrontar la cuestión de derechos humanos resulta útil, no sólo porque facilita la comprensión de derechos humanos como horizonte utópico, lo cual apunta al corazón del derecho como valor, sino porque nos revela el mecanismo que activa su inversión ideológica.

En ese sentido, si trasladamos el esquema que traza el principio de jerarquización en el conjunto de los valores al campo de derechos humanos, tenemos el siguiente resultado.

Las opiniones más consolidadas sostienen que las normas conforme a “modelos [o valores] de Justicia varían entre los individuos y a menudo son mutuamente irreconciliables” (Kelsen, 1992: 149), o bien, que los “derechos del hombre” en la medida que encarnan valores antinómicos no pueden realizarse todos a la misma vez, sino que “[para] realizarlos se necesitan concesiones entre las partes” (Bobbio, I-1991: 56).

Asimismo, el hecho de que coexistan valores distintos y contrapuestos, hace que aparezcan los sistemas de valores. Al respecto, sostiene el mismo Kelsen:

“Cualquier sistema de valores, especialmente un sistema de valores morales y la idea central de Justicia que lo caracteriza, es un fenómeno social que resulta de una sociedad y, por tanto, difiere según la naturaleza de la sociedad en que se presenta” (Kelsen, 1992: 42).

Por consiguiente, todo sistema de valores tiene una “idea central... que lo caracteriza”; un valor supremo que le da sentido y orden; este es su principio de jerarquización que, tratándose de derechos “conforme a modelos de Justicia” (Kelsen), se constituye entonces en el *derecho fundamental* a partir del cual se establecen todos los demás derechos.¹⁸⁹ En esa medida, como cada derecho humano específicamente considerado adquiere validez y significación según su posición respecto del derecho fundamental, su propia realización está determinada por su funcionalidad respecto a la realización y preservación de ese derecho fundamental. Luego, es posible que la realización de unos derechos humanos se vean postergados frente a otros, inclusive la realización de todos ellos frente al derecho fundamental, toda vez que la realización de aquellos derechos humanos

¹⁸⁹ Adviértase que la expresión “derecho fundamental” no está calcada del uso común en el campo jurídico, como aquel valor positivamente plasmado en un texto formal (legislativo, constitucional, internacional); tampoco es directamente equiparable al sentido que le da Ferrajoli (1999; en Ferrajoli *et al.*, 2001) a ese término. Más bien, “derecho fundamental” aquí aparece referido al valor-interés que *prima* sobre todos los otros, les da consistencia y opera como su principio de jerarquización; en la medida que esta primacía no es natural, sino sociohistórica, aparece la exigencia de elucidar constantemente cuál sea el valor-interés fundamental.

contraría o ponga en peligro (en realidad, que cuestione) el derecho fundamental establecido. Por ejemplo, si admitiera que el valor fundamental en una determinada sociedad es el orden y la paz sociales (lo cual sólo ocurre en los modelos abstractos, como suelen ser los jurídicos), entonces, frente a una situación de inestabilidad política y desorden social, estaría inclinado a privilegiar los valores de seguridad frente a los de libertad.

En este punto, donde se puede postergar unos derechos humanos frente a otros y todos frente al derecho fundamental, que es su principio de jerarquización, es donde se instala y opera la inversión ideológica de derechos humanos: en tanto que hay unos derechos humanos que pueden ser relegados, hasta su negación, si su realización atenta contra el derecho fundamental que, en última instancia, es el que les da sentido y los posibilita (condición de posibilidad).¹⁹⁰

Llevemos eso al plano pragmático. Cualquier decisión sobre cuál ha de ser el derecho fundamental siempre aparece circunscrita y vinculada a un determinado contexto social, político, económico, cultural, en fin, sociohistórico. Aún más, esa decisión-elección no sólo está vinculada a un determinado modo de organización de la vida social, es decir, a un determinado orden de relaciones de producción y reproducción sociales, sino que las *condiciones de factibilidad* para la realización de derechos humanos están dadas por la medida del *producto social*, la riqueza social. Por consiguiente, la contingencia de esa decisión (referida tanto a la elección del derecho fundamental cuanto al modo de satisfacción-realización de éste) afecta igualmente todos los derechos humanos particularmente considerados que dependen de aquel derecho fundamental. Asimismo, el derecho fundamental que en definitiva habrá que proteger, inclusive como garantía de validez y realización de todos los demás derechos humanos, será aquél que garantice la realización de (acciones conforme a) derechos humanos. En el modelo abstracto –insisto en este carácter de *abstracto*– del ejemplo anterior, sería el orden y la paz sociales como posibilidad y garantía de las libertades individuales y sociales; en el plano sociohistórico más bien se trata del orden de relaciones de producción y reproducción que generan aquel producto social.

Por consiguiente, según lo visto, en la medida que las llamadas democracias occidentales están vinculadas a un sistema económico específico, que finisecularmente se trata del capitalismo de consumo, desde su lógica podemos ver cual es el valor-interés fundamental que garantiza derechos humanos: las *relaciones capitalistas de producción y, en último término, el mercado capitalista*. Esto lo dice tanto la economía cuanto la teoría jurídica que, con su construcción de la idea del “sujeto de derecho” o “persona jurídica” ha hecho un desplazamiento del cuerpo humano viviente y con necesidades, hacia la idea de un

¹⁹⁰ De esta forma intento responder a la pregunta de por qué no se ha configurado un sistema de garantías efectivas para la realización de los derechos sociales o colectivos, como sí se ha hecho respecto de los derechos individuales.

sujeto abstracto, con abstracta igualdad, es decir, sin necesidades por satisfacer, sujeto que plasma adecuadamente en el cuerpo de la empresa (capitalista) moderna.

Por otra parte, hay una tendencia muy humana de pretender fijar de una vez y para siempre las diversas concreciones históricas (normas, instituciones, costumbres, formas de organización, etc.). Esa tendencia trataría de fijar de forma permanente los particulares órdenes de las relaciones sociales de producción y reproducción de la vida, aún a cuenta de descontextualizarlas; esto deriva en la pretensión de absolutizar los resultados de la acción (humana), que es siempre *contextual*. Por consiguiente, la inversión ideológica aparece como producto de la contingencia histórica, o bien, de una manera más radical, la inversión es la forma que adquiere la contingencia histórica cuando una de las concreciones o realizaciones de la acción humana se ha estabilizado o institucionalizado y tiende a absolutizarse frente a otras posibles concreciones a las cuales declara inválidas o, más radicalmente, “imposibles” (Hinkelammert, I-1990: 27).

No obstante, esto no significa que esa inversión sea *necesaria*, pues esto ya supondría una apuesta, una toma de posición, en fin, una valoración. Es decir, la inversión ideológica aparece, *si y solo si*, se pretende absolutizar una concreción histórica específica de la acción humana (también específicamente orientada). Por eso, en la medida que se pueden interpelar, revisar, criticar, denunciar, y, en definitiva, superar las concreciones históricas, del tipo que sean (instituciones, normas, valores, etc.), es que se puede enfrentar esa inversión ideológica. Esto es, actuar *conforme* a los principios de secularización (contingencia) y democrático (la duda). Todavía más, en el intersticio que abre esta posibilidad se instala *un espacio para la libertad* (en un sentido similar, véase Bourdieu, 1999: 309-312).

IV. De porqué es relevante *elucidar* la inversión ideológica de derechos humanos

En primer lugar, antes de continuar, debo hacer *dos advertencias*: La primera es que “derechos humanos”, en cuanto *núcleo axiológico* que atiende a la producción, reproducción y desarrollo de la vida, puede ser rastreado en múltiples tradiciones culturales, incluso aquellas que no hayan adoptado o producido la *forma jurídica* (derecho), cosa de gran relevancia a ser tenida en cuenta en el diálogo intercultural. Sin embargo, aquí dirigiré la mirada hacia las *tradiciones jurídicas* que han venido a darle una *forma jurídica* a dicho núcleo axiológico, las cuales actualmente están comprendidas con el sintagma “derechos humanos”; así, en los siglos XVII-XVIII adquiría la forma de *derechos naturales*; posterior a las revoluciones burguesas fueron teorizados jurídicamente como *derechos individuales* inalienables e imprescriptibles y, actualmente, se presentan objetiva o positivamente como *derechos fundamentales* universales e indisponibles (Osuna, 2001: 14-18).

La segunda advertencia trata de la distancia entre la posición que sigo y la mayoría de las consideraciones contemporáneas predominantes sobre la democracia, que son

fundamentalmente de corte “instrumental” o “procedimental”. Según ha puesto de manifiesto, entre otros, Ana Pintore (“Derechos insaciables”) en su contribución al diálogo con Ferrajoli en la revista italiana *Teoría Política*, esas teorías contemporáneas ven la democracia casi exclusivamente como “... un método de decisión (...) basado en la representación y el sufragio universal” (Pintore en Ferrajoli *et al.*, 2001: 247). En nuestro caso, nos inclinamos por una consideración de la democracia *con contenido* o *material*, del tipo de las teorías clásicas (Locke; Rousseau; Marx-Lenin), todas las cuales

“... tienen en común el hecho de que no discuten acerca de mecanismos electorales, aunque todas suponen su existencia. Ninguna declara la decisión mayoritaria, ni siquiera la decisión unánime, como legítima de por sí. Todas se dedican más bien a la elaboración de criterios que permitan juzgar las decisiones democráticas en cuanto a sus resultados, estableciendo, por tanto, elementos de juicio para determinar hasta qué grado las decisiones mayoritarias son efectivamente decisiones válidas o descartables” (Hinkelammert, II-1990: 134; en un sentido similar sobre una visión de democracia material, véase Dussel, 2001; Roitman, 1996; 1998).

Por otra parte, posiciones como la que adopta Ana Pintore en la mencionada polémica con Ferrajoli, no sólo admiten sino que enfatizan ese sentido instrumental, sobre el reclamo de que

“...el significado léxico de la expresión “democracia” (...), históricamente, siempre ha incorporado una referencia al “quién” y al “cómo” decidir, por encima del “qué” decidir. En definitiva, más a la idea del *self-government* que al contenido del *government*” (Pintore en Ferrajoli *et al.*, 2001: 248 –las cursivas y los entrecomillados son del original).

Asimismo, la discusión sobre

“... la tensión entre los dos elementos que coexisten en nuestras democracias constitucionales: de un lado la presencia de un núcleo de contenidos “indisponibles”, formulado en términos de derechos fundamentales, y, de otro, la adopción de un método de decisión (en lo que se refiere a las decisiones políticas generales) basado en la representación y el sufragio universal” (Pintore en Ferrajoli *et al.*, 2001: 247),

no es un *producto original* del estadio actual de esas “democracias constitucionales”, sino que es el *retorno de lo reprimido* en la consideración de la democracia dominante en el siglo XX, que desde Schumpeter (*Capitalism, Socialism and Democracy*, 1943) la ha visto sólo, o preponderantemente, como *método de decisión*, escamoteando de su genealogía y proceso

de construcción el elemento material o sustancial que le daba sentido (Hinkelammert, II-1990: 134, en particular la nota 1).

Advertido lo anterior, en perspectiva filosófico-política y ético-política, según esas teorías clásicas de la democracia, derechos humanos, en cuanto *horizonte utópico*¹⁹¹ de los procesos de lucha por la emancipación, que plasman en medios (v.g., discursivos, expresivos, normativos),¹⁹² son el núcleo axiológico básico del pacto democrático. No obstante, en las “democracias avanzadas” (Ferrajoli, 1999) de la modernidad occidental capitalista, estos derechos humanos han derivado en discurso de legitimación,¹⁹³ en esa medida legitiman unas determinadas relaciones sociales de producción y el orden socio-político que, derivado de ellas, se constituye en el garante de tales derechos humanos (Hinkelammert).

Eso ocurre cuando se pasa de la consideración de derechos humanos como medios a derechos humanos como fines, y estos como “fines absolutos”; por esa vía siempre se llega a la ilusión de que se están protegiendo o realizando tales fines. Es ilusión porque “fines absolutos” no se pueden realizar, pero si se actúa con la creencia de que se están realizando “fines absolutos”, ello bien puede suponer o admitir que se desvirtúen y abuse de tales medios, en cuyo caso estaríamos ante la violación hasta el aniquilamiento de los sujetos vivos respecto de los cuales aquellos derechos humanos son medios; pero llegados a este punto se habrán convertido en fines que desplazan al (a los) sujeto(s) vivo(s). Por eso

¹⁹¹ Lo que puede ser pensado o imaginado (utopía), siempre deseado nunca realizado, que atraviesa transversalmente las realizaciones o concreciones históricas específicas. Por eso mismo es, epistemológica y prácticamente hablando, principio de imposibilidad de la acción humana que le descubre sus posibilidades.

¹⁹² Para J. Herrera Flores “los derechos humanos deben ser definidos (...) como sistemas de objetos (valores, normas instituciones) y sistema de acciones (prácticas sociales) que posibilitan la apertura y la consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana. Es decir, marcos de relación que posibilitan alternativas y tienden a garantizar posibilidades de acción amplias en el tiempo y en el espacio en aras de la consecución de los valores de la vida, de la libertad y de la igualdad” (en Herrera Flores ed., 2000: 52-53 –las cursivas son del original). Y más adelante concluye: “Los derechos humanos son los medios discursivos, expresivos y normativos que pugnan por reinsertar a los seres humanos en el circuito de [producción] reproducción y mantenimiento de la vida, permitiéndonos abrir espacios de lucha y de reivindicación” (en Herrera Flores ed., 2000: 78). Para una comprensión de derechos humanos desde la perspectiva de la producción cultural como respuesta a la lógica del capitalismo, véase Herrera Flores, 2005; y desde la perspectiva de los movimientos sociales, véase Gallardo 2000 y 2006.

¹⁹³ Sobre la ideología de aceptación, véase Capella, 1999: 46-47. Advierto lo siguiente: esta deriva legitimista –por llamarla de algún modo– ha sido forzada por los poderes instituidos; más no por ello hay que desconocer que fuera del espacio colonizado por esos mismos poderes, inclusive respecto de ellos, derechos humanos son una fuerza reivindicativa y emancipadora, que guía muchas luchas y, en general, al menos en estas democracias occidentales marcan un avance significativo en términos de dignificación de la vida, participación y limitación de la arbitrariedad. Por eso, por cuenta y no a pesar de este lado emancipador, es que hay que denunciar su inversión ideológica.

sostengo que tanto *los* derechos humanos como (los procedimientos formales que constituyen) el orden socio-político que legitiman, están sometidos a la contingencia histórica. En esa medida, derechos humanos siguen la suerte de la *conditio humana*, por ende, no deben absolutizarse, pues si hubiera algo absoluto lo sería, en todo caso, su *necesidad de satisfacción*,¹⁹⁴ pero el *modo* de realizarlo será siempre contingente.

En ese sentido, derechos humanos son siempre horizonte utópico, por ende, no debemos derivar (a) la ilusión de creer que realizamos derechos humanos. Derechos humanos guían la acción humana, pero *lo que realmente hacemos* son acciones concretas, específicas y múltiples, las cuales deben ser juzgadas *conforme a* derechos humanos, pues ellas *en sí* no son derechos humanos. Actuar bajo la ilusión de que nuestras acciones *son* o *realizan* derechos humanos es coartar o inhibir la potencia re-flexiva o crítica que tiene una sensibilidad de derechos humanos; este es el *pasaje* para su absolutización, presto a ser convertido vanamente por el poder en discurso de su propia legitimación. ¡En dicho pasaje está la inversión ideológica de derechos humanos!

La acción humana realizada *conforme a* derechos humanos se enfrenta a su principio de imposibilidad (la finitud de la *conditio humana*), recién en ese momento hay que atender a sus *condiciones de posibilidad* (tecnológica) y de *factibilidad* (material, económica) (Hinkelammert, I-1990: 231 ss.; Dussel, 1998: 258-280). En consecuencia, se establece una *relación transversal* entre ese horizonte utópico y la realización histórica de la acción. Esta es la *conditio* a que está sometida la acción, y, si se quiere, también es su fuente de *dinamicidad*. No obstante, esta relación transversal se *niega*, por ejemplo, por esa especie de *naturalismo* que subyace en lo que Ferrajoli ha denominado “falacia garantista” (1995: 940-942), y que fuera puesta en evidencia por Bobbio como ilusión iusnaturalista, cuando señala el postulado del racionalismo ético conforme al cual “la demostrada racionalidad de un valor es condición no sólo necesaria sino suficiente de su realización” (Bobbio, I-1991: 60). Por otro lado, se *oculta* por el uso ideológico de derechos humanos, como ocurre

¹⁹⁴ Esta *necesidad de satisfacción* está vinculada constitutivamente a la *condición humana*, que es siempre una finitud que descubre su infinitud. Por eso, *necesidad vinculada a la condición humana* no declara necesidades específicas, menos medios de satisfacción, sino que abre el espacio de la vida y la acción a la contingencia, a su incompletitud que enfrenta imposibilidades, y recién a partir de éstas puede descubrir y construir sus posibilidades infinitas. Es evidente que esta perspectiva se aparta de las concepciones tradicionales, fragmentarias casi todas, que declaran necesidades y establecen un catálogo: así, por ejemplo, hablan de necesidades *básicas* o *primarias* referidas a las de tipo más estrictamente biologicista (las que mantienen la vida de los sujetos para que sigan siendo productivos) y necesidades *secundarias* (aquellas que elevan la condición de vida, dignificándola, pero que se asumen, desde la lógica del capital, como superfluas). Este tipo tradicional de abordaje de las necesidades está muy presente en la discusión contemporánea sobre derechos humanos y desarrollo, por ejemplo, pero es algo que hay que superar so pena de tener siempre la visión muy enturbiada y, en definitiva, opera como un obstáculo epistemológico para la imaginación de alternativas.

entre los poderes instituidos de las llamadas democracias occidentales. En ese caso la relación transversal (*conditio*) resulta instrumentalizada o funcionalizada a los fines de la legitimación de los poderes instituidos. Este proceso es análogo o, más bien, es parte del proceso de instrumentalización del ser humano por parte del capitalismo, toda vez que la lógica (irracional) del capital desconoce la *conditio humana*.

De esta forma, se ha señalado el lugar (*locus*) donde se establece la inversión ideológica; corresponde ahora señalar el tiempo (*tempus*) en que ella aparece.

§ 22. *Otro disenso*: Acceder a la conciencia de la contingencia a partir del enfrentamiento con los principios de imposibilidad de la acción, por ende, de la vida, en nuestra perspectiva tiene un valor cognitivo y práctico, porque –como se ha visto– recién ahí es cuando podemos saber lo que *si podemos* hacer y, en algún caso privilegiado, lo que *debemos* hacer. Esto lo traigo a cuenta porque marca otro disenso con la posición de Agnes Heller sobre el tema, por lo demás sumamente lúcida y orientadora. Agnes Heller dice:

“La contingencia como experiencia y como descripción existencial no tiene valor cognitivo en absoluto. Mediante la experiencia o descripción de que la condición humana es contingente no llego a saber más acerca de esta condición en general, o aquello que concierne o incumbe a esa condición en particular, o, por lo mismo, menos que si la conociera de otra manera” (Heller, 1999: 17).

Por supuesto que tiene razón si el punto de partida, como lo es en su caso,

“[en] lo que concierne a la contingencia social,¹⁹⁵ es más bien la infinitud de nuestras posibilidades iniciales, la libertad como nada...” (Heller, 1999: 40).

Pero, el problema aquí estriba en que esa consideración hace omisión no sólo del principio de imposibilidad sino también de las *condiciones materiales concretas* en que se da la vida de los sujetos, sean individuales o colectivos. Por lo demás, remitir a tales condiciones no es una re-edición del “accidente de nacimiento”, claramente expuesto por la misma Heller como premoderno, sino tomar otro *punto de partida*. Y es que el punto de partida de Heller, al menos en este texto, es la percepción de la filosofía existencialista –a la cual, por cierto, mucho le debo. Al poner como punto de partida esa “infinitud de nuestras posibilidades iniciales”, la vida se asume como responsabilidad, pero aquí “responsabilidad” significa

¹⁹⁵ Se trata aquí de la contingencia histórica y no de la contingencia cósmica, según su propia distinción. Sobre esta contingencia social ha dicho: “La contingencia histórico-social es ontológica; es histórico ontológica. Esto no es sino la reformulación de la descripción inicial de la contingencia como la condición humana moderna” (Heller, 1999: 34). Si se quiere, este es el significado de ontológico, como histórico-ontológico, que también puedo admitir.

“carga”; así, tenemos la carga de construir algo sobre esa libertad de forma que, visto pragmáticamente, si el sujeto, particular o colectivo, no logra hacer *algo de provecho*, su vida sería un fracaso y él sería el único responsable, es decir, se le carga la responsabilidad por una pérdida que no siendo suya, desbarata cualquier proyecto de vida. Ciertamente que para los existencialistas en general tampoco había fracaso posible, pues no había punto de llegada; pero también es cierto que ese discurso ha sido fácilmente asimilado y funcionalizado por los poderes hegemónicos¹⁹⁶ y es, sin muchas adaptaciones, lo que de manera invertida, se dice de y a los pueblos del Tercer Mundo, a las personas que están en el paro, a los inmigrantes, a las mujeres, etc.

Por el contrario, si el punto de partida es el principio de imposibilidad, que aparece como carencia, como limitación de *acceso a...*, se abre el espacio a infinitas posibilidades y la vida se asume como responsabilidad, pero aquí “responsabilidad”, derivado de *re-spondere*, que significa tener interlocutores e interlocutoras a quienes *re-spondere*, pero en quienes pueda *re-conocerme*, por eso también es auto-conocimiento y re-conocimiento, es reconocerme en las cosas que hago, es respectividad/relacionalidad, pues no se trata de un conocimiento autista, sino una respectividad subjetiva que me construye y construye al otro, la otra, lo otro (... *que soy yo también*). En la práctica esta conciencia lleva a ensayar múltiples alternativas y lo que haga, poco o mucho, no carece de importancia, pues no se trata de la *Nada* existencialista, sino de la *vida concreta* que se va haciendo y dignificando (o destruyendo y vanalizando). Además, la potencia crítica es mayor, pues denuncia aquello que impide esa construcción responsable y dignificante. De este modo, la pobreza, por ejemplo, no puede ser tomada como excusa para mantener las situaciones de miseria. Acaso, ¿sería esto lo que pretendía decir Rousseau con aquello de que *los hombres nacen libres pero están encadenados por todas partes*, pero libres no como con inicial infinitud de posibilidades, sino como liberados de todo poder opresor, pero éste inmediatamente les pone sus cadenas?

Una vez que los poderes instituidos¹⁹⁷ han conformado un orden socio-político, que pretende preservar unas determinadas relaciones de producción, tienden a absoluti-

¹⁹⁶ De ahí la persistencia de aspectos importantes de la apuesta de los existencialistas, pero ahora sólo como consignas publicitarias, que fomentan el consumo, pues somos *libres de consumir* y todo lo podemos llegar a tener, aunque eso sea cierto sólo en las pantallas de televisión.

¹⁹⁷ Hoy *poderes instituidos* que ayer, no más, fueron *luchas por emancipaciones específicas*. Toda lucha emancipadora es específica aunque su fundamento sea universal; esto es algo que no se debiera olvidar, pero es lo que más prontamente parecen olvidar los “creyentes”, “guerreros” y “luchadores” por la libertad, la igualdad, la justicia, la tolerancia, etc., al punto que la desmemoria y el olvido se llegan a utilizar como herramienta de control y desactivación de las (otras) luchas (que no sean las propias). Así, una vez logrado el propósito específico (que aquella lucha plasmara en reconocimiento) se tiende a cerrar el paso, cual *Moisés ordenando cerrar el paso por el mar*, para que nadie más use ese camino, en definitiva, para no compartir el espacio socio-histórico. ¿Paradoja de la historia, inevitabilidad de la inversión? Quizá, pero nunca necesidad.

zarse y tienen la pretensión de clausurar cualquier vía para la emergencia de nuevos poderes. Es la secuencia del *poder absoluto e irresistible* de Hobbes; o del *Espíritu Absoluto* e incontestable de Hegel, o de cualquier otro tipo de *absolutismo*. Pero, no obstante su *ansia de absoluto*, la contingencia los acecha y les impone su impronta.

En el contexto de las democracias occidentales capitalistas, el poder instituido funda su legitimidad en la pretensión de realizar derechos humanos; sea como fuere, eso es lo que les da el grado de legitimidad a sus decisiones mayoritarias (Hinkelammert, II-1990: 133 ss.). Mas he señalado que derechos humanos *no se pueden* realizar (por su carácter utópico), lo cual tiene un valor cognitivo y práctico, pues recién a partir de ahí se sabe lo que *sí se puede* realizar y se valora lo que efectivamente se realiza. Eso hace que derechos humanos *denuncien* o sean un *parámetro* para determinar el grado de ilegitimidad de los poderes instituidos, ya que evidencian la incapacidad de éstos¹⁹⁸ para satisfacer condiciones para la realización de acciones *conforme a* derechos humanos. De ahí que cualquier exigencia de *cumplimiento* de derechos humanos, en tanto que exigencia de realizar acciones *conforme a* derechos humanos, es mostrar o denunciar esa incapacidad de los poderes instituidos, por ende, constituye una crítica de su (i)legitimidad.¹⁹⁹

Pero, en la medida que con el reclamo por acciones conforme a derechos humanos se está denunciando la ilegitimidad de los poderes instituidos, y estos fundan su legitimidad en la pretensión de realizar esos derechos humanos; entonces, recién en ese momento se *pone*²⁰⁰ el argumento de que el sujeto (particular o colectivo) que demanda esas acciones está en contra de la “garantía” de realización de derechos humanos.²⁰¹ De este modo

“[aparece] así el crimen ideológico como crimen objetivo, que se vincula con la imagen de opositor como enemigo” (Hinkelammert, II-1990: 141).

¹⁹⁸ De sus instituciones y, en general, de sus mediaciones (discursivas, expresivas, normativas, etc.), siempre históricas, contingentes, pero por obra de la *esclerotización burocrática* se presentan como cuasi-naturales.

¹⁹⁹ En este punto, de conformidad con Ferrajoli, podemos instalar la crítica de las *lagunas*, como denuncia de la ilegitimidad del poder que incumple acciones a las que está obligado (deberes).

²⁰⁰ Ni siquiera se *ex-pone*, sino que es una *puesta en escena*, es un acto positivo con pretensión de inapelabilidad (¡como la ley!), pues traduce y pone en acción todo el poder sacralizante que reclaman los poderes instituidos.

²⁰¹ Los poderes instituidos se auto-proclaman como la garantía de cumplimiento de todos los deseos y aspiraciones de los sujetos que les están sometidos; por ese motivo los sujetos ya no tienen deseos y aspiraciones propias, sino que las “suyas” son las del poder (el “amor de la censura” –Legendre, 1979) y esto facilita la “muerte de todo deseo de vida” (Ibáñez, 1986). Por esta vía se da la “colonización de los cuerpos”, proyecto y estrategia de un poder incorpóreo que quiere dejar su *marca* e imponer su *imperio*.

Por consiguiente, esos poderes se vuelven contra el sujeto que reclama derechos humanos, y en razón de la relación *amigo – enemigo* lo sataniza como enemigo de los derechos humanos y de las instituciones y medios que garantizan la realización de derechos humanos. En definitiva, *en nombre de los derechos humanos*, es decir, por su inversión ideológica, los poderes instituidos pueden y deben contrarrestar cualquier acción deslegitimante (crítica), aunque ello signifique desconocer todo derecho humano al sujeto (particular o colectivo) que demande la realización de acciones *conforme a derechos humanos*.

§ 23. Ubiquémonos en el contexto del “Estado de derecho” tradicional, en el que el derecho se reduce a derecho estatal. En este, el “orden legítimo” se identifica exclusivamente con el estado y se confunden estado y derecho. Así, una crítica por “falta de derecho” (laguna) se traduce (por una falacia de composición en la que se toma la parte por el todo) como crítica al estado, por ende, como ataque contra la instancia que se autolegitima para declarar una guerra (cualquier guerra). Por eso, si el estado es el único que puede garantizar el “cumplimiento” y “realización” de los derechos, el sujeto crítico no puede pretender obtener satisfacción a sus demandas si se convierte en enemigo del estado; más bien, éste último podrá volverse contra aquél con toda su fuerza, hasta su eliminación física (y metafísica: más allá de la muerte, el olvido).

Por otra parte, en tiempos de euforia neoliberal (tiempos y contextos de globalización) vemos como el estado vuelve a ser “estado gendarme”, peor aún, “estado castrense”, cuidador de los intereses de las empresas y la libertad de los mercados; en cuanto defensor de las burocracias privadas (*v.g.*, empresas transnacionales), el estado deviene “neutral”, sin intereses propios, se clausura la agenda política y se estatuye una agenda económica según las exigencias de esas burocracias privadas.

Esto da una idea de como la promesa de la *emancipación por la razón* se ha ido diluyendo y en un proceso de *inversión ideológica*, que surge a la par y es correlativo a la institucionalización de las concreciones históricas de la misma emancipación, termina por crear una nueva dominación.²⁰² Desde la lógica del poder instituido, las emancipaciones y todo esfuerzo a ellas dirigidas resultan *culpables* de atentar contra alguna emancipación anterior ya institucionalizada (que encarna en el mismo poder), por eso deben ser reprimidas o castigadas, inclusive hasta el límite de su aniquilación total. Esta *anti*-dinámica parece que opera un *dispositivo de cierre* o clausura de la historia, casi de manera circular; por eso hay que ver *los márgenes y desde los márgenes* (históricos), pues éstos son los que posibilitan tanto

²⁰² Sobre la legitimación y los tribunales o instancias que controlan el *poder de definición* o *poder de nominación*, véase Bourdieu, 2000; para el caso particular de las ciencias, que son la otra cara del proceso descrito, véase también de Michel Serres el exquisito “Prefacio que invita al lector a no descuidar su lectura para penetrar en la intención de los autores y comprender la disposición de este libro” en Serres *et. al.*, 1991, particularmente p. 18.

el *no-cierre* de la historia, como los ensayos para enfrentar la destructividad de los *efectos indirectos* de la acción directa (de los poderes instituidos principalmente, pero también de los emergentes), que por virtud de los procesos de inversión ideológica han quedado desplazados en las concepciones imperantes (*v.g.*, económica, politológica, etc.) como *efectos colaterales*, o, simplemente ocultados al invisibilizarlos en una fragmentaria relación medio - fin.

V. Sobre la *elucidación* de la inversión de las normas particulares y algunas consecuencias útiles que de ello podemos extraer

Conforme a lo dicho, busco diversos *pasajes de traducción* del pensamiento de liberación al ámbito del derecho, teniendo como objetivo visualizar una nueva base epistemológica sobre la que construir el *nuevo derecho* que demandan nuestros pueblos. Si bien en el *Capítulo VII* es donde recién intentaré *mostrar* esos pasajes, puedo adelantar algunos apuntes que muestren las virtualidades de la propuesta, como la elucidación de la inversión de las normas particulares.²⁰³

Al respecto, dice Franz J. Hinkelammert:

“La norma es asegurada por su violación en relación con aquel que la violó. Que la norma sea violada frente a aquél que la viola, es consustancial a la existencia de cualquier norma” (II-1990: 135).²⁰⁴

Al parecer, este es un juicio descriptivo, con alcance *universal* (en el sentido de Ferrajoli, como estructural o formal) respecto a todo tipo de norma. Norma es, aquí como en Kelsen, sólo aquella que puede contar con el auxilio de la fuerza socialmente legítima para imponerse, por ende, se trata de la norma jurídica del derecho moderno. Pero se trata de un juicio sobre la norma, no sobre el derecho, a menos que reduzcamos (todo) el derecho a norma, como en efecto se ha hecho con el derecho moderno y según ha quedado visto en el *Capítulo II*. Es decir, se trata de un juicio descriptivo sobre la forma que adquiere el derecho en la modernidad, según el paradigma del normativismo legalista. Por eso, que la inversión sea “consustancial a la existencia de cualquier norma” sólo es así en el supuesto de una norma que se construye como una estructura en la cual la *dispo-*

²⁰³ Esto se ampliará cuando se discuta el principio de legalidad en el *Capítulo VI*.

²⁰⁴ Previamente había dicho: “La norma legal puede decir: *la vida humana es inviolable*, o, *no matarás*. Siendo esto una norma legal, el violarla tiene su sanción. Por lo tanto, frente al asesino que viola este derecho establecido por la norma, aparece ahora la violación legítima de ella. En caso extremo le es aplicada legítimamente la pena capital, es decir, él mismo es asesinado. De la norma: *no matarás*, ahora sigue: *mata a aquel que mató*. La norma es invertida por la relación crimen y castigo” (Hinkelammert, II-1990: 135 –las cursivas son del original).

sición de carácter *principal*²⁰⁵ (v.g., “no matar”) aparece *reduplicada* o asegurada por la sanción bajo la forma de la *pena*.

§ 24. Recordemos el carácter de equivalencia o igualdad (=) entre el *crimen* y el *castigo*, análogo a la igualdad entre la causa y el efecto. El modelo normativo tiene, en su genealogía, no sólo el ascendente civilista que ordena las relaciones de intercambio, sino el ascendente punitivo que, en la modernidad, adquiere preeminencia como razón jurídica, inclusive sobre aquel otro civilista. La construcción de un imaginario conforme a la nueva dominación que imponía el capital burgués, coagula tecnológicamente en el derecho. El capitalismo burgués, en su proceso de consolidación, necesitaba generar tecnologías de disciplinamiento y control sobre los cuerpos humanos; además requería extraer al máximo (eficiencia) su fuerza de trabajo, sobre cuya alienación basaba su desarrollo y riqueza. Tales tecnologías no se tenían (se tendrían otras) en el Antiguo Régimen, por eso el capitalismo burgués apostó sus energías a crear un derecho penal que – sorprendente – es lo más “moderno” del derecho moderno. Ya sabemos que la seguridad para las transacciones de intercambio estaban resguardadas por la vieja tradición civilista y canonista, que en la última fase de consolidación se traducirían y coagularían en la Codificación; por eso el mayor potencial creativo e imaginativo de los juristas estuvo empeñado en buscar el pasaje entre el viejo derecho jurisprudencial (y de algún modo humanista, lo que no significa que fuera muy humanitario) hacia otro tecnológico que adquiriera caracteres regulativos muy precisos, llegando a ser burocrático e inquisitivo.

Esa reduplicación responde a, pero lo oculta, el esquema *crimen – castigo*; es decir, la persistencia de lo que podemos llamar *esquematismos arcaicos*, los cuales no fueron superados por esa especie de *secularización epidérmica* que – según parece – sólo afectó los contenidos pero no las formas, pues recordemos que el esquema *crimen – castigo* no es una norma, al menos en el sentido moderno (insisto, finalmente fijado por Kelsen), sino que respondía a un mundo donde la contingencia aún no había hecho su aparición (Heller, 1999; Kelsen, 1992, especialmente los ensayos “*Causalidad y retribución*” y “*Causalidad e imputación*”). Finalmente, es evidente que esto sólo fue posible con la afirmación de la norma conforme al modelo penalista que adquirió la forma racionalizadora del derecho²⁰⁶ (desde Beccaria, pasando por Kelsen hasta Ferrajoli).

²⁰⁵ Digo que es de *carácter principal* en tanto que remite a acciones *conforme a principios*. Por eso, aquello, presente en el habla ordinaria acerca de que *se incumplen normas*, en realidad significa que *no se realizan acciones conforme a principios* dispuestos en la norma. Esto es, pues, teóricamente hablando, el vínculo que establece la norma: *ligar acciones factibles a principios de posibilidad*.

²⁰⁶ Esto es así aún respecto del denominado “derecho privado”, en el cual rige el principio de la autonomía de la voluntad y la forma contractual, pues en las mismas relaciones contractuales, por ejemplo la compraventa, el cumplimiento de los deberes (correlativos) está asegurado, en *última*

Para la Dogmática jurídica, en tiempos del paradigma normativista legalista (Kelsen, 1998: 52 ss., particularmente p. 54; en el mismo sentido Martínez & Fernández, 1994: 118-120) la estructura de la norma resulta de esta forma:

Si es A, entonces debe ser B. Si no es B, entonces será S_p

Donde:

- **Si es A** es el supuesto de hecho: siempre se tratará de una generalización hipotética sobre los posibles fenómenos fácticos. En la perspectiva weberiana, se trata de un hecho *tipo*.
- **B** es la consecuencia: en Kelsen aparece como el efecto *imputado* a los hechos considerados relevantes, por lo mismo *no es necesario*, pues la imputación corresponde al carácter convencional del derecho.
- **Debe ser** es la cópula: esta vincula la consecuencia al supuesto de hecho, configurando así el espectro normativo.

Decimos que **B** es la consecuencia o efecto, pero en la medida que se acepta el carácter coercitivo del derecho, es decir, su función última es producir una coerción en el ánimo de los sujetos para que actúen de una determinada forma (por eso digo que la *ratio* del derecho moderno es eminentemente penalista), ese efecto aparece reduplicado (conforme al esquema *crimen – castigo*), lo cual queda expresado con la segunda proposición:

Si no es B (**es decir si no se dan los efectos típicos o supuestos de hecho igualmente típicos**) entonces será S_p (**sucede la sanción, ya sea civil, penal o administrativa**)

Una situación análoga nos encontramos cuando analizamos otras nociones como las de *deber* y *poder*, entre otras. Por otro lado, esta *reduplicación* ha sido considerada por la teoría general de corte normativista legalista como meramente tautológica, pero lo cierto es que en esa tautología estriba el ocultamiento de su inversión; mas eso será una cuestión que intentaré desarrollar en el *Capítulo VI*.

Antes de terminar, unas consideraciones adicionales. Este esquema normativo siempre presenta dificultades para explicar las normas constitucionales que postulan únicamente un *principio* pero carecen, al menos desde la perspectiva lógico formal y semántica, de un supuesto de hecho y de una sanción; esto es muy común en cuanto a

instancia (aunque a veces no pareciera que sea tan última instancia), por la *amenaza de coacción* sobre los intereses de quien se resiste a cumplir.

enunciación de derechos humanos. Lo anterior nos lleva a una disyuntiva problemática, a saber si la estructura reduplicativa:

- a) ¿Sólo se refiere a un *tipo* de normas y no a la generalidad de las normas?
- b) O, ¿constitutivamente el carácter normativo reside o tiene su núcleo en el principio postulado y no en la reduplicación sancionadora, que aparece como un *plus* originado en el carácter represivo de una particular cultura jurídica?²⁰⁷

En cualquiera de los dos casos, si respondiéramos afirmativamente, llegaríamos a la conclusión de que los postulados constitucionales son normas. Pero:

- 1) En caso de que a la primera pregunta (a) respondiéramos que la estructura reduplicativa *es constitutiva* de las normas (cualquier norma), entonces las “normas” constitucionales serían “principios”, pero, a la vez, tendríamos que admitir no sólo que el derecho no se compone exclusivamente de *normas*, sino que también los principios son parte del derecho.
- 2) Si esa consecuencia es cierta, entonces los principios se convierten en fuentes directas, tanto para la interpretación²⁰⁸ como para la disposición de deberes y poderes. Se podría romper, entonces, el prejuicio legislativista y se daría entrada de *pleno derecho*, por ejemplo, a un derecho jurisprudencial.

En cualquiera de los casos, la inversión ideológica que sostiene la validez y efectividad de las normas (reduplicadas) puede ser enfrentada mediante la *interpelación* de estas normas conforme al derecho fundamental (elevado a principio constitucional), en el mismo proceso de su concreción, por ejemplo, en el ámbito jurisdiccional, en la emisión de la sentencia. Es decir, si norma efectiva es la norma concreta o actualizada en la resolución judicial (el acto administrativo, el cumplimiento voluntario del contrato, etc.), ¿dónde se puede radicar la tarea de *alertar* sobre y *elucidar* esta inversión? Pues (acercándonos a la idea de “garantía”, aunque de una manera casi oblicua), en el lugar mismo donde se realiza este derecho: en *sede jurisdiccional*.

Colofón: He afirmado la *relevancia teórica* de la elucidación de la inversión ideológica, en el sentido de que tal inversión y su ocultamiento resulta un obstáculo epistemológico para imaginar soluciones alternativas posibles, lo cual ocurre toda vez que los conceptos tienden, o más propiamente, nuestro imaginario jurídico tiende a considerar sus conceptos

²⁰⁷ La respuesta de Kelsen a esta cuestión es contundente: “Si la “coacción” en el sentido aquí definido es un elemento esencial al derecho, entonces las normas que forman un orden jurídico tienen que ser normas que establezcan actos coercitivos, es decir: sanciones. En particular, las normas generales tienen que ser normas en las cuales una cierta sanción se hace depender de determinadas condiciones, expresándose tal dependencia mediante el concepto del «deber ser»” (Kelsen, 1998: 52 –los entrecomillados son del original).

²⁰⁸ El *principio* se convierte, entonces, en un instrumento de evaluación, de interpelación de la ley.

como *cosas* naturales, objetivas, deshistorizadas y descontextualizadas. Pero también tiene una notable *relevancia práctica* (pertinencia), pues sabemos que mantener oculta esa inversión resulta un obstáculo para realizar la hermenéutica (que se) precisa de la norma particular en el contexto del ordenamiento jurídico (y más allá: de la realidad jurídica).

Esto podría dar la impresión de que, de esta forma, termino recayendo en el vicio criticado, la *reducción*, en último caso, del derecho a la esfera estatal (habida cuenta de que la jurisdicción está monopolizada en el Estado de derecho: *principio de jurisdiccionalidad*). Sin embargo, no es cierto que toda jurisdicción esté monopolizada por el estado, habida cuenta de la internacionalización de la justicia (*tercera tesis* de Ferrajoli en Ferrajoli *et al.*, 2001: 25-26) y la creciente descentralización y desgajamiento de funciones jurisdiccionales en órganos, algunos estatales y otros no estatales (*v.g.*, las estrategias de “resolución alternativa de conflictos” pueden estar en manos de unos y otros). Inclusive el argumento de que, en definitiva, esos órganos alternativos o la misma justicia internacional, está supeditada a una decisión estatal legislativa que los apruebe y les instituya un marco de acción (*v.g.*, la aceptación de la jurisdicción internacional), con lo cual el recurso al argumento constitucional termina enclavado en la visión estatalista, podría ser contraargumentado diciendo que igualar el acto legislativo al acto constitucional (siendo este último sólo un tipo especial o calificado de aquel) es desconocer una diferencia (formal y sustancial) dada, sobre todo, por la adscripción o vinculación estructural del constitucionalismo a la democracia (*segunda* y *tercera tesis* de Ferrajoli en Ferrajoli *et al.*, 2001: 25-26). En todo caso, aceptar ese argumento sería como suponer que, por el mero hecho de que la constitución o la misma legislación ordinaria, hacen una referencia a “la realidad nacional” *toda la realidad* está, por ese motivo, juridificada.

CAPÍTULO QUINTO

UNA MIRADA AL MARCO CATEGORIAL DEL PENSAMIENTO JURÍDICO MODERNO

Donde se aborda problemáticamente las doctrinas y paradigmas (*marco categorial*) que sustentan la construcción *normativista legalista* de la Teoría General del Derecho predominante en el siglo XX, con particular énfasis en los problemas axiológico y epistemológico que plantea la “elección racional” respecto de los juicios de valor sobre la Justicia

“[Se] sabe muy bien, pero muchos siguen sin oír por este oído- ha prevalecido la tendencia a considerar (o hacer además de considerar) la cuestión de los valores como extraña al interés del jurista, de aquel que quiera ser «verdadero» jurista, en una concepción cada vez más inhibida e inhibidora de sus tareas.”

Riccardo Orestano

I. De algunas cuestiones previas y el orden de los problemas a revisar

La crítica epistemológica del derecho moderno, que permite visualizar la inversión ideológica que subyace a éste, tal como hemos intentado esbozarlo en algunos de sus rasgos principales en los capítulos anteriores, me lleva a revisar, en específico, una de las propuestas teóricas y metodológicas más importantes para la ciencia jurídica del siglo XX. Por supuesto, la elección que hago tiene un cierto grado de arbitrariedad –y no podría ser de otro modo–, pero mi objetivo es, sobre todo, mostrar, a través de la revisión de un autor *fundante*, cómo esos obstáculos que lastran la actual ciencia jurídica y le impiden superar su crisis han sido insertados en el pensamiento jurídico contemporáneo. Y, lo más importante, encontrar en el propio diseño de la Teoría general del derecho moderno los límites que le impiden responder a los retos y problemas que plantea una sensibilidad de derechos humanos. De esta forma, si los *localizamos* los podremos *superar* y, así, podremos avanzar en una búsqueda de alternativas para construir un sistema de garantías reales a las demandas por emancipación, ajustando el derecho al criterio y principio *fundamental* de la producción, reproducción y desarrollo de la vida (humana y no humana).

Para iniciar este abordaje debo aclarar dos cuestiones previas: ¿por qué Kelsen? y ¿qué entiendo por marcos categoriales?; así como señalar el orden de los problemas que intentaré *re-visar*.

A. ¿Por qué Kelsen?

Para algunos juristas, como Oscar Correas (2001: 71),²⁰⁹ Hans Kelsen es el “fundador de algo: la teoría contemporánea del derecho”; para otros es el límite irrebalsable de lo pensable respecto de lo jurídico.²¹⁰ En mi caso, ni lo uno ni lo otro, aunque lo cierto es que con Kelsen presenciamos:

- (1) El punto culminante de una línea de la razón jurídica, que se había impuesto desde el siglo XIX: el positivismo legalista.
- (2) La completa conformación de la ciencia jurídica al ideal naturalista/cientificista (procedimental), según una epistemología que quedaría fijada por Weber.
- (3) La reconfiguración de esa misma ciencia a las exigencias de un específico estadio del capitalismo.²¹¹
- (4) El *giro constitucionalista* (quizá en esto si sea el fundador) que pone la constitución a la cabeza de todo el ordenamiento jurídico.

²⁰⁹ El texto de Correas me parece perspicaz y oportuno y comparto la crítica del *raptó* que han hecho teóricos de ciertas tendencias analíticas de la obra de Kelsen. Sin embargo, ese detalle sobre el carácter de “fundador” que atribuye a Kelsen me llama la atención, pues –arriesgo una apreciación– con Kelsen tenemos una *nueva teoría del derecho*, mas no se funda la *teoría contemporánea del derecho*, pues ensayos de teoría general ya había desde el siglo XIX; lo que sí es cierto es que con él se opera la re-conversión del pensamiento jurídico moderno. Por otra parte, que este hecho haya estado parejo con las nuevas necesidades del capitalismo, en un periodo de recomposición de éste, es una cuestión que habría que indagar más a fondo. Es decir, sin quitarle méritos a Kelsen, me parece que éste es continuador-discontinuo, si se quiere “cumbre” del modelo o paradigma jurídico moderno (derecho estatal, positivista, etc.) que, no gratuitamente, va parejo con las transformaciones del capitalismo burgués.

²¹⁰ Algo sobresaliente es el hecho de que este postulado no sería, en la mayoría de los casos, suscrita explícitamente por la comunidad jurídica actual; es más, probablemente sería rechazado y criticado por gran parte de ella. Sin embargo, aunque la comprobación y medición estadística de estas aseveraciones corresponden o sería un trabajo más propiamente de sociología jurídica y carezco de datos al respecto, considero que ni siquiera es necesario esa adscripción explícita, pues ya bastante internalizada está en la cultura jurídica de nuestro tiempo, basta con revisar la práctica docente en muchas de las facultades de derecho. Todo esto, dicho sea, probablemente en contra de las pretensiones y aspiraciones del propio Kelsen, pero él no está aquí para defenderse de sus *fieles seguidores*.

²¹¹ ¿Qué relación tiene la propuesta de Kelsen con el “Estado de bienestar”? Insisto, esta es una cuestión que habría que analizar detenidamente, pero es cosa de la cual debo abdicar hacer en este lugar, aunque queda planteada la pregunta.

En todo caso, su influencia es innegable y quien quiera conocer algo de la ciencia jurídica del siglo XX debe pasar por él.²¹²

Ahora bien, eso podría dar la idea de lo difícil que es intentar *superar* la propuesta de Kelsen. Sin embargo, ese es uno de los aspectos que más me inducen a pensar la necesidad de intentarlo, pues, de lo contrario, si admitiéramos que con esa propuesta la ciencia jurídica habría llegado a su punto culminante, lo que nos restaría sería aprestarnos a declarar su defunción. Pero la historia no se rinde, ni debemos claudicar, sino que, en homenaje a los mismos “fundadores”, debemos buscar su superación, pues la única verdad que nos pueden haber legado es darnos la posibilidad de corregir sus “verdades” y así avanzar.

Luego, tampoco pienso que Kelsen sea el único autor relevante en el pasado siglo XX; muchos hubo y de igual calibre, pero él me interesa sobremedida por la deriva formalista que tuvo su pensamiento (en sus seguidores y seguidoras), y por su marcada influencia en el ámbito del derecho europeo continental, del cual Latinoamérica es deudora y seguidora. Por lo demás, me interesa por cuanto en él se presentan muy acabadamente los elementos (positivos y negativos) del pensamiento jurídico moderno que hoy se impone superar.

El propio Kelsen, con todo y ser honesto intelectualmente (lo cual le hacía señalar claramente desde qué lugar teórico hablaba), no siempre parece que fuera consciente de hasta qué punto resultaba deudor de determinadas doctrinas y paradigmas epistemológicos (*marco categorial*) y cómo estos condicionaban su pensamiento. Este es un factor “sicológico” (en el sentido en que Bachelard hace un “sicoanálisis del espíritu científico”) que resulta relevante: la condición de *relativa* oscuridad o ignorancia de los propios marcos categoriales con que actuamos los juristas y las juristas. Esto, por supuesto, no es algo que quite méritos a su obra teórica, pero sí nos debe poner en *alerta*. En la misma línea, debo advertir que lo que aquí intento hacer no es una crítica *sin más* a Kelsen.²¹³ Es decir, sólo pretendo mostrar la deriva teórica e ideológica que tuvo su propuesta teórica por la adscripción a determinadas doctrinas o marcos categoriales. Un juicio completo, que pretendiera comprender todos los aspectos tratados por Kelsen, sólo sería pensable en la consideración completa de su obra, y aquí sólo abordo unos cuantos textos y, si se quiere, de sus “textos menores”.²¹⁴

²¹² Otro elemento que tengo en cuenta es la relevancia que tiene respecto de las tesis del garantismo, en el sentido de que “[el] «perfeccionamiento» de las tesis kelsenianas (...) es, en realidad, un perfeccionamiento «kelseniano», en el sentido de que mi crítica [habla Ferrajoli, en su respuesta a M. Jori] a Kelsen se basa en las propias tesis de Kelsen” (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 181).

²¹³ No quiero repetir aquella consigna que por siglos marcó los trabajos de filósofos y teólogos, consistente en *pretender* destruir el pensamiento de Spinoza como carta de presentación y validación para ingresar en el medio de *los que piensan* (G. Filangieri).

²¹⁴ En los textos de H. Kelsen, como se dice popularmente “no hay pérdida”, por eso ninguno de los suyos es “menor”, pues algo característico en este autor es que nunca cayó en la banalidad,

Por otra parte, en la trayectoria de Kelsen podemos reconocer diversos momentos, en cada uno de los cuales fue mostrando mayor o menor apertura a consideraciones –según él– de tipo “extranormativo”²¹⁵ como necesarias para la comprensión del fenómeno jurídico. Pero, lo que trato de dilucidar respecto de estos pocos textos –me parece– sigue siendo válido, no sólo para esos textos, sino para toda una forma de percibir el derecho y comprenderlo que ha cimentado en la conciencia y las prácticas de generaciones enteras de personas estudiosas y operadoras del derecho, lo que en términos generales podemos señalar como el “paradigma normativista-legalista del derecho”, dominante hasta nuestros días. Por eso, en realidad, tomándole la palabra al propio Kelsen, éste es un humilde homenaje a su esfuerzo por pensar lúcidamente esos problemas que a juristas y filósofos y filósofas del Derecho nos son tan cercanos.²¹⁶

§ 25. Al final de su conferencia “¿Qué es Justicia?” (Kelsen, 1992: 35-63), con una muestra de exquisita sensibilidad, de la cual el mundo parece estar cada día más necesitado –aunque los bombardeos aéreos y teledirigidos (en doble sentido: por la tecnología cibernética e informática que utilizan y por la invasión mediática) de la actual coyuntura no dejen oír estas palabras–, Kelsen dice:

“Dado que la democracia, por su naturaleza intrínseca, implica libertad, y la libertad implica tolerancia, no existe forma de gobierno alguna que sea más favorable a la Ciencia que ella. La Ciencia sólo puede prosperar en un clima de libertad. Y este clima de libertad no depende únicamente de una libertad externa, es decir, de su independencia respecto a cualquier tipo de influencia política, sino también de que exista libertad dentro de la Ciencia, del libre juego de argumentos y contraargumentos. Ninguna doctrina puede ser abolida en nombre de la Ciencia, ya que el alma de la Ciencia es la tole-

tendencia-tentación que, hoy por hoy, parece afectar al “espíritu de la época”. Así, lo de “textos menores” sólo lo digo en el tanto, salvo la *Teoría general del Derecho y del Estado*, los demás que me han interesado para estos efectos son sus ensayos sobre temas puntuales.

²¹⁵ Si nos atenemos a los límites de su estipulación de lo que es la “norma”, ciertamente todo lo demás que no caiga dentro del ámbito de esa significación sería “extranormativo”. Asimismo, para hacer eso, debía reducir el derecho a norma, de forma que *todo* el derecho (campo jurídico) fuera normativo. De esta manera, también se podría predicar que todo lo que no fuera normativo sería extra-jurídico. Luego, Kelsen tiene razón y es coherente; pero sólo es coherente con sus “definiciones”, y no estoy tan seguro –por más que pueda estar amparado a la Lógica– de que la coherencia sólo se deba-pueda “medir” en términos “solipsistas”.

²¹⁶ Casi como advertencia metodológica, téngase la presente exploración como un intento de participar, en términos kelsenianos, “del libre juego de argumentos y contraargumentos”, en nada acabado y que se alimenta de preguntas y dudas. Esto no es eludir la responsabilidad por el peso de lo que se pueda decir, sino postura metodológica. Finalmente, el talante de todo lo dicho hasta aquí y lo que pueda decir en adelante es la pretensión de abrir *líneas de discusión* sobre algunos de los problemas (teóricos y prácticos) a que nos enfrentamos constantemente.

rancia./ (...) Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi Justicia*, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia” (Kelsen, 1992: 62.63 –la cursiva es del original).

Palabras y actitudes como ésta, sólo pueden ser acalladas por el “ruido de los cañones” (hoy, misiles teledirigidos) de los “luchadores por la libertad” del tipo de la “libertad duradera” y demás eufemismos afines.

B. Lo que entendemos por marco categorial

Todo trabajo teórico es abstracto. En el capítulo anterior intentaba explicar el proceso de formación de los conceptos, las categorías, etc., y como se articulan en las teorías generales. Pues bien, cuando ponemos la mirada en el marco categorial no sólo estamos viendo el contenido (nociones, conceptos, categorías, etc.) al estilo de, por ejemplo, el *estudio de las ideas*, que es la forma más común para el análisis de las doctrinas jurídicas, sino que nos fijamos en la “reflexión trascendental, aunque ésta a veces esté solapada” (Hinkelammert, I-1990: 29). Por eso,

“[para] poder entender y criticar –crítica en el sentido de Kant y no en el sentido de una crítica demoleadora (*vernichtende Kritik*) – los pensamientos sociales [y el pensamiento jurídico lo es por antonomasia, aunque los juristas y las juristas lo hayamos olvidado], hace falta poner al desnudo tal reflexión trascendental y analizar sus coherencias” (Hinkelammert, I-1990: 29 –las cursivas son del original).

La *reflexión trascendental* remite al espacio de la *reflexión utópica*,²¹⁷ y esta es una característica o condición propia de la modernidad, la cual con la *idea de razón* y el *mito del pro-*

²¹⁷ Dice Hinkelammert: “Todo pensamiento social moderno contiene tanto críticas como elaboraciones o reelaboraciones de utopías” (I-1990: 14). En un sentido análogo, véase Antonio Monclus, para quien “[la] preocupación utópica ha sido una constante de todas las épocas, y se pueden encontrar rastros de ella en mayor o menor grado a través del testimonio de un poeta, de un movimiento social, de una revuelta política, de un proyecto de «ciudad ideal» de un filósofo, de una corriente artística. Las actitudes de denuncia de los males presentes o de la situación establecida han surgido junto con la elaboración de proyectos alternativos más o menos acabados. Pero a partir de la modernidad, al configurarse la utopía como género es cuando parece comenzar en la historia de la humanidad, especialmente en Occidente, una impetuosa corriente que desarrolla en profundidad y en amplitud la vieja preocupación utópica. Ya no se trata, por tanto, de testimonios más o menos aislados de una actitud de denuncia y de construcción de un proyecto ideal. Se trata ahora de elaborar «utopías», mundos ideales y lejanos, inexistentes sólo en cierto sentido” (1988: 11). También es la tesis que atraviesa el clásico de Karl Mannheim, 1958.

greso infinito, creyó posible domesticar la *realidad social* (que, en definitiva, es toda *nuestra* realidad) aún más allá de sus propios límites (utopismo). Ahora bien, esa condición se cumple no sólo en la explícita producción de «ciudades ideales» (Monclus, 1988), sino aún en la negación de la posibilidad de tales «ciudades ideales» (*anti-utopismo*), siempre que se actúe *creyendo hacer lo que se dice* y no viendo realmente *lo que se hace*.

Es decir, tal como quedó visto en capítulos anteriores, cualquier pensamiento objetivo o científico que pretenda hablar sobre la realidad, está formulado en referencia a la acción humana (por eso es fundamentalmente subjetivo), y su pretensión de objetividad solo podría basarse, por un lado, en la atención a los límites de esa acción (principio de imposibilidad - *conditio humana*) y, por otro lado, al desenmascaramiento de todo proyecto, postulado o teoría que confunda *lo que hace* con *lo que cree hacer*. Cuando se obvia o ignora esta *ubicación* de nuestra reflexión, cualquiera sea el campo en cuestión, estamos prestos a caer en (las más profundas) contradicciones.

Por consiguiente, lo que pretendo hacer aquí es visualizar el marco de la reflexión trascendental que subyace al pensamiento jurídico contemporáneo. Considero que digo bien: contemporáneo, pues como apuntaba más arriba, me ocuparé de la propuesta de Hans Kelsen en tanto es la de más proyección en la actualidad, pero esta es parte y se integra en lo que he llamado el *pensamiento jurídico moderno* que abarca poco más de dos siglos.

C. Los problemas que serán re-visitados

Hechas esas advertencias previas, puedo pasar a las siguientes cuestiones. Para empezar, en la argumentación de Kelsen se hace explícito tanto su *esfuerzo secularizador* de la Ciencia jurídica como su adscripción a una posición afín al *emotivismo ético*, que deja libradas las cuestiones valorativas, y con ello los objetos mismos de la valoración, a las preferencias subjetivas, por cuanto no es posible formular un juicio racional sobre ellas. Esta posición axiológica tiene detrás el postulado lógico según el cual resulta imposible derivar el *debe* del *es* (y viceversa), y el postulado epistemológico de que las ciencias, en sentido riguroso, en cuanto basadas en el principio de causalidad y conforme a una racionalidad instrumental que ve relaciones directas medio-fin, no pueden discernir sobre cosas que estén más allá del orden de lo natural y que no sean empíricamente comprobables. Son estos referentes categoriales, en cuanto marcan toda la argumentación kelseniana, los que quiero empezar a discutir, así como algunas de las consecuencias de sus adscripciones teóricas. Así, de manera preliminar puedo enunciar los problemas a revisar.

1) En el ensayo “*La doctrina del Derecho Natural ante el tribunal de la ciencia*”, Hans Kelsen (1992: 64-112) expone los argumentos más relevantes contra las pretensiones teóricas o explicativas de la doctrina del Derecho natural. Con gran agudeza logra demostrar la falta de fundamento racional de dicha doctrina y, aunque este no es el propó-

sito inmediato de ese ensayo, esboza las bondades epistemológicas de la doctrina del Derecho positivo, como única vía racional para la jurisprudencia. Sin lugar a dudas, la crítica kelseniana a la doctrina del Derecho natural es uno de los esfuerzos más consistentes en el proceso por superar la “postración metafísica” de la jurisprudencia (por su excesivo conceptualismo), cuanto de lograr una emancipación teórica del saber sobre lo jurídico (la Ciencia jurídica).

Al respecto dice Kelsen:

“La doctrina del Derecho natural presupone un valor inmanente en la realidad, valor que es absoluto, o, dicho de otro modo, que existe una voluntad divina inherente a la naturaleza. Sólo partiendo de este supuesto se puede mantener la doctrina según la cual el Derecho puede deducirse de la naturaleza y que este Derecho es la Justicia absoluta. La concepción metafísica de la inmanencia del valor en la realidad natural no puede aceptarse desde el punto de vista de la Ciencia, ya que la doctrina del Derecho natural se basa en la falacia lógica que consiste en inferir el “debe” a partir del “es”. Las normas que aparentemente se deducen de la naturaleza, en realidad, se presuponen. Estas normas se basan en valores subjetivos que presentan a la naturaleza como legisladora. Al identificar las leyes de la naturaleza con las reglas jurídicas –pretendiendo que el orden natural es o contiene un orden social justo–, la doctrina del Derecho natural, como el animismo primitivo, concibe la naturaleza como parte de la sociedad” (1992: 69 –los entrecomillados son del original).

En este punto, el argumento central de la réplica contra la doctrina del Derecho natural²¹⁸ es que ella incurre en la denominada *falacia naturalista* –infracción de la *ley de Hume*–, la cual consiste en que

“[no] podemos hallar el valor real de un objeto o una conducta mediante el análisis de estos objetos. El valor no es inmanente a la realidad natural. De ahí que no pueda deducirse a partir de la realidad. El hecho de que algo exista no nos permite deducir que debe existir o debe hacerse. El hecho de que el pez grande se coma al pequeño no implica que la conducta del grande sea buena, ni tampoco mala. No existe inferencia del “es” al “debe”, de la realidad natural a los valores morales o jurídicos” (Kelsen, 1992: 68 –los entrecomillados son del original).

²¹⁸ Más adelante dirá: “La doctrina del Derecho natural se caracteriza por el dualismo fundamental entre Derecho positivo y Derecho natural. Por encima del Derecho positivo imperfecto creado por el hombre, existe un Derecho natural perfecto (absolutamente justo) establecido por una autoridad divina. Por tanto, el Derecho positivo queda justificado y es válido sólo en la medida en que corresponde al Derecho natural” (Kelsen, 1992: 70).

Hacer tal inferencia es incurrir en un error lógico que, por lo demás, coloca dicho razonamiento en la órbita del *pensamiento animista*, el cual no ve la distinción básica entre el orden de “lo natural” y el orden de “lo social”.

Para lo que me interesa aquí, acepto su crítica a la doctrina del Derecho natural basada en la denuncia de la infracción a la ley de Hume, por eso no me detengo en esa polémica, sino que la revisaré sólo oblicuamente,²¹⁹ en la medida que su alcance no se queda ahí, sino que se extiende (a) al problema de la axiología *sin más*, por cuanto se confunde ésta con el Derecho Natural, y (b) al concepto de ciencia marcado por su adscripción al positivismo legalista, que deriva en formalismo.

2) Kelsen introduce una tesis irracionalista o no cognitivista, como base de su emotivismo ético. Así, sostiene lo siguiente:

“También se llama valor al fin que una persona espera alcanzar, pero en este caso el término “valor” tiene un sentido subjetivo. Y cuando se trata de un valor último, no de un medio para un fin, entonces se habla del valor supremo. Las opiniones acerca de los fines últimos o supremos son muy variadas en este sentido subjetivo del término, y muy a menudo un valor supremo entra en conflicto con otro, como, por ejemplo, la libertad personal con la seguridad social, el bienestar individual con el bienestar de toda la nación. Esta situación se presenta cuando sólo se puede alcanzar uno de estos fines a expensas del otro. Entonces se plantea decidir qué fin es preferible o qué valor es superior y qué valor es inferior; en definitiva, cuál es verdaderamente el valor supremo” (Kelsen, 1992: 68).²²⁰

Considero que esta tesis tiene particular relieve respecto de la cuestión de derechos humanos, inclusive, recién a partir de ahí es que entro en conflicto con el emotivismo ético kelseniano. En realidad, no me ocupa inmediatamente esa orientación no cognitivista, ni siquiera intento evaluar la pertinencia del emotivismo ético, pero sí me ocupa la atención que, para tales posiciones se recurra al “argumento del absoluto”, para llamar de alguna forma a este subterfugio idealista. Esto así por cuanto, dicho de una forma rápida, ese argumento es una de las “razones” por las cuales la teoría jurídica no ha podido implementar un sistema de garantías integral para *todos* los derechos humanos. Por mi parte,

²¹⁹ Me interesará revisar la *cuestión* de la falacia naturalista, en la medida que una denuncia abusiva (como ocurre en todas las *cacerías de brujas*) se ha vuelto (un grave) obstáculo para el pensamiento. Es más, es uno de los factores que han retardado o se arguyen en contra de los intentos por realizar un proceso de historización del derecho (Ellacuría, 1990) camino de la experiencia jurídica.

²²⁰ En este contexto, como en general cuando se habla de “valores” y cuestiones afines, el término “supremo” hace referencia a “absoluto”. Esto es una “debilidad” idealista, por lo general poco (o nada) admitida. Desde la perspectiva que adopto, a partir de la consideración del *principio de jerarquización*, “supremo” se entendería como “superior” en un orden contingente, por ende, la *lógica de articulación* (exclusivista, oposicional y excluyente) de las versiones idealistas quedaría superada por una de complejidad-complementariedad.

intentaré mostrar otra forma de argumentar sobre estos fines y valores (derechos humanos, en definitiva), para intentar (de)volver el derecho a la dimensión práctica de la cual ha sido escamoteado (sí, por los diversos *ismos* que lo han raptado).

3) Lo anterior se funda en una epistemología positivista que asimila “logicistamente” verdad y validez, dejando el problema de la vigencia y eficacia fuera del ámbito teórico (de la Teoría general). Además los remite, el primero al “coto cerrado” de la Dogmática, el segundo a sociologías, historias y demás disciplinas afines.

Volviendo al texto de referencia, leemos (en extenso):

“No podemos responder aquí a esta pregunta como responderíamos a las preguntas ¿Es más pesado el hierro que el agua?, ¿Es más pesada el agua que la madera? Esta última pregunta puede responderse de modo científico y racional acudiendo a la experiencia, pero la pregunta sobre el valor supremo en el sentido subjetivo del término sólo puede contestarse emocionalmente, a través de los sentimientos o los deseos del individuo que se la plantea. Un individuo puede inclinarse emocionalmente a preferir la libertad individual, otro, la seguridad social; uno, el bienestar del individuo, otro el de toda la nación. No puede demostrarse, mediante consideraciones de tipo racional, que uno tiene razón y el otro está equivocado. Por tanto, se dan de hecho sistemas morales y jurídicos muy distintos, mientras que sólo existe un sistema de la naturaleza. Lo que es bueno según un sistema moral puede ser malo según otro, y lo que se considera crimen dentro de un sistema jurídico puede considerarse perfectamente lícito dentro de otro. Lo cual supone que los valores que consisten en adecuarse o no a un sistema existente, moral o jurídico, son relativos. Sólo existe un sistema moral o jurídico exclusivo cuando se considera que la autoridad que dicta las normas es Dios, un ser absoluto y trascendental, y, en este caso, se considera un valor absoluto el obedecer estas normas” (Kelsen, 1992: 68-69).

Ciertamente en este texto Kelsen se refiere directamente al problema de los valores, pero está claro que para él estos *no resisten* el escrutinio científico; es ahí donde nuestro autor revela sus concepciones epistemológicas, las cuales en otros textos sí son explícitas, pero me interesa *localizarlas* en este punto.

En fin, como he indicado, son estos referentes categoriales, en cuanto marcan la argumentación kelseniana, los que quiero empezar a discutir, así como algunas de las consecuencias de esas adscripciones teóricas.

II. De cómo el positivismo legalista abdica de fundamentar. “Discursos ideológicos” y “discursos cínicos”

La *revisión* de la propuesta kelseniana no está orientada a cuestionar su rechazo a las formas del absolutismo, sea filosófico, axiológico o de cualquier otro tipo, pues en ese pun-

to “compartimos un mismo borde de aspiraciones” (Foucault). Entonces, lo que aquí pretendo dilucidar es cómo la adscripción a unas determinadas doctrinas y paradigmas teóricos no sólo encausa el análisis o investigación, sino que puede llevar a consecuencias diversas de los propósitos perseguidos, lo cual resulta particularmente funesto en el campo de derechos humanos.

En este sentido, en los últimos tiempos (modernidad) nada ha temido más la Filosofía del Derecho (y la Filosofía en general) que ser señalada como “metafísica”.²²¹ Este *mote*, evidentemente en sentido peyorativo, como sinónimo de ideología mistificada y sujeta a los esquemas animistas, responde a lo que parece ser la concepción de “metafísica” que tiene Kelsen. Por supuesto, detrás había una *triste* realidad que lo apoyaba, ya fuera por la confusión de la Filosofía del Derecho con una determinada doctrina (la del Derecho natural), o fuera por la simple reducción de toda la reflexión filosófica a un particular discurso filosófico marcado por un excesivo conceptualismo (abstraccionismo) sin *preocupación* por la realidad.²²² Sin embargo, este no es el único sentido que podemos darle a la metafísica; aún más, hoy resulta tanto más válida cuanto necesaria una reflexión sobre el(los) *fundamento(s)* (de un proyecto social, de derechos humanos, de la acción humana, etc.), pues, en todo caso, lo que realmente puede invalidar la Filosofía en general y la Filosofía del Derecho en particular, no es *su* carácter abstracto, sino la falta de *pertinencia* y esto, claro está, exige de su parte una actitud abierta, no absolutista, dialogante, imaginativa y rigurosa.

Teniendo eso en cuenta, considero que la pretensión de científicidad y de estricta racionalidad,²²³ que bien podría llevar a la Ciencia jurídica a superar su “postración metafísica”, lleva a Kelsen a adscribir la doctrina del positivismo legal relativista. Al respecto dice:

²²¹ Para una re-valoración del papel de la metafísica, también en el campo de las ciencias, véase Einstein, 2000: 20-21.

²²² Al parecer, este es el contexto en que Wittgenstein, 2000, lanza su aforismo 4.0031: “Toda filosofía es «crítica lingüística»” (p. 51 –el entrecomillado es del original). Mas nótese que, si bien se afirma que “toda filosofía” es *estrictamente* «crítica lingüística», ello no tiene porqué suponer que sea *exclusivamente* «crítica lingüística», reduciéndola a mero análisis semántico, como parece que lo han entendido así algunas tendencias formalistas analíticas. Esto, quizá por haber escuchado el otro aforismo 4.111: “La filosofía no es ninguna de las ciencias naturales” (p. 65); pero eso mismo es lo que afirmo, y honor de la filosofía si no se confunde, pues pretender hacer de la filosofía (y en nuestro caso, del derecho) una ciencia al estilo de las llamadas “naturales” sólo responde a un prejuicio científicista.

²²³ En ese sentido, véase Kelsen, 1988: 4-6; asimismo, su argumentación contra la doctrina del derecho natural (Kelsen, 1988: 9-15) y el ensayo “La doctrina del Derecho Natural ante el tribunal de la ciencia” en Kelsen, 1992: 64-112.

“La doctrina estricta del positivismo legal relativista dice que sólo la ley positiva –relativamente justa– puede obligar jurídicamente, mientras que una ley natural absolutamente justa no puede obligar jurídicamente. Es cierto que el positivismo no le reconoce a la ley natural ni siquiera el valor de criterio, porque el reconocerla como tal implicaría la posibilidad de justificar el Derecho positivo, y el positivismo legal, como ciencia jurídica, se niega a justificar el Derecho positivo” (Kelsen, 1992: 61, nota 20).

Es decir, en nombre del “estricto positivismo legal relativista” se abdica de cualquier intento de justificación del Derecho positivo. Bien podría conformarme con la idea de que tal abdicación corresponde a la Ciencia jurídica (Dogmática), no así a la Filosofía del Derecho, que es la que, en definitiva, siempre ha intentado buscar tales justificaciones (o mejor, fundamentos). Pero al hacerlo así, me estaría deslizado por la pendiente que llevó a identificar Filosofía del Derecho con Derecho natural o Iusnaturalismo. Tal confusión entre una (actividad) y otra (doctrina) provocó no sólo que Kelsen, y con él toda la tradición positivista, se alzara contra la doctrina del Derecho Natural (aspecto que comparto); pero, a la vez, contra todo intento o esfuerzo teórico, filosófico, etc., (actividad) por elucidar un posible fundamento del derecho,²²⁴ aspecto con el cual disiento, pues esta posición entraña el peligro de derivar hacia un *legalismo ético* (Ferrajoli, 1995: 220), con las graves consecuencias que eso implica.²²⁵

En ese sentido, como ha quedado señalado más atrás, la diatriba contra la doctrina del Derecho natural (que terminaba en *sustancialismo jurídico*) se basa en la acusación –hasta donde sé, cierta– de incurrir en la llamada “falacia naturalista”; es decir, dicha doctrina pretendía hacer la justificación del derecho positivo mediante una derivación (lógica) y conformidad (moral) de éste respecto de un supuesto Derecho natural. Sin embargo, hoy sabemos que este tipo de propuestas, en realidad, terminan por rebelarse como “ideologías de justificación”. Por el contrario, el “positivismo legal relativista” abdica de ese intento de justificación (y de cualquier justificación); pero, en su versión extrema,

²²⁴ Aquí “derecho” como derecho positivo, que es la única acepción que considero, pues el derecho o es positivo (*puesto*, convencional) o no es derecho, aunque sea cualquier otra cosa y no por ello más o menos relevante. Otra cuestión es cuál sea el alcance o extensión de significado de “derecho positivo” que, por supuesto, en mi caso (desde una perspectiva sociohistórica-holística-compleja) es mucho más comprensiva que la definición recortada de Kelsen que (a) lo reduce a norma y (b) lo identifica con “estado”.

²²⁵ La crítica al legalismo ético, que está detrás de lo que aquí cuestiono como formalismo legalista, no pasa por negar que la concepción positivista (en los sentidos que discierne Ferrajoli, 1995: 221, y que él llama “*convencionalismo o formalismo jurídico*”) ofrece amplias posibilidades no sólo de elaborar una ciencia jurídica emancipada y emancipadora, sino también para articular un sistema de garantías orientado a la protección efectiva de derechos humanos; eso sí, sólo a cuenta de que se abra a la *realidad de lo real* y no quede enclaustrado en la realidad solipsista de las solas normas jurídicas. En todo caso, es lo que llamaría el “*positivismo de la experiencia jurídica*”.

termina erigiendo la legalidad como la instancia última, por tanto, sacraliza el orden jurídico. De esta manera, subrepticamente se llega a proscribir toda conflictuación del orden (socio-político y económico) del cual el orden jurídico forma parte y, a la vez, lo legitima.

Por otra parte, se podría contraargumentar que la abdicación del “positivismo legal relativista” a que he hecho referencia es respecto de la justificación, dado que “fundamentar” y “justificar” responden a momentos lógicos diversos. Asimismo, que la polémica contra la doctrina del Derecho natural es en tanto ésta pretende “justificar” el derecho positivo a partir del Derecho natural, ya que sobre su supuesto “fundamento” (la ley natural o el orden divino) nada se puede decir, ni a favor ni en contra y, por consiguiente, la única posición racional es la del positivismo legal.

No obstante, admitiendo la distinción lógica entre “fundamentar” (*a priori*) y “justificar” (*a posteriori*) tenemos, por un lado, que Kelsen está dispuesto a fundar todo el orden jurídico vigente (las normas y los juicios de valor jurídicos) en lo que denomina la “norma básica general” (*principio de efectividad*),²²⁶ pero no está en la misma disposición de fundar los *valores de Justicia*²²⁷ los cuales, en definitiva, encontrarían su fundamento en la misma dimensión (práctica) en que *opera* ese principio de efectividad. Por otra parte, en su propuesta, desde una visión estrictamente interna del ordenamiento jurídico, cada norma particular aparece justificada (su validez) por la correspondencia o adecuación con una norma jurídica de rango superior. Por consiguiente, si lo que se buscaba era simplemente eliminar las justificaciones “esencialistas” o “naturalistas”, el positivismo legal tiene la razón; mas si de lo que se trataba, además, era de superar las justificaciones en tanto operaban como *funciones de legitimación* (lo cual se hacía con la doctrina del Derecho natural), entonces, el positivismo no dice toda la verdad, pues él mismo mantiene un nivel –reducido si se quiere– de justificación interna. Y en esa medida es que todavía se le puede hacer una crítica en los términos clásicos de la *crítica de la ideología*.

Por otra parte, dejando momentáneamente a Kelsen, aunque él también se enfrentó a esta vertiente que cuestiono aquí, debo fijarme en otra deriva teórica que igualmente abdica de hacer cualquier fundamentación y justificación. Esta deriva teórica no tiene siquiera *pretensiones de razón*, pero también se postula como *realismo*; es una contracara del “realismo político” (*Realpolitik*) y del “realismo economicista neoliberal”.²²⁸ Estas corrientes están ligadas a las actuales transformaciones sociales, económicas, culturales y políticas; preconizan, por un lado, la quiebra del Estado Social de Derecho y, por otro lado,

²²⁶ “Como consecuencia de este principio, la constitución tiene su origen en una autoridad legítima mientras el orden jurídico, creado en base a la constitución, sea en conjunto efectivo” (Kelsen, 1992: 144; en el mismo sentido 1988: 49).

²²⁷ Sobre la irracionalidad y falta de fundamento de los “valores de Justicia” cfr. Kelsen, 1988: 15-17; 1992: 35-63.

²²⁸ Por supuesto, está alejado de las corrientes clásicas del realismo jurídico anglosajón (O. W. Holmes, R. Pound), escandinavo (K. Olivecrona) o italiano (G. Capograssi), aunque mayoritariamente vuelve a aparecer en el mundo anglosajón.

asumen abiertamente el nivel de ineficacia de las normas jurídicas en el Estado de Derecho. Todavía más, señalan como obstaculizadora (*distorsiones*) toda postulación *garantista* del principio de legalidad y la declaración e intento de garantizar nuevos derechos humanos. Su argumentación vuelve de alguna manera a Carl Schmitt (véase Hinkelammert, II-1990: 113-131; 1998: 227-245) que, no por casualidad mantuvo al respecto profundas discusiones con Kelsen.²²⁹ Si las normas jurídicas (incluidas las que versan sobre derechos humanos) son ineficaces empíricamente (juicio de hecho), pues no es posible realizarlas a cabalidad; entonces, tampoco se debe presuponer tales normas, sino sólo atenerse a lo que realista y eficazmente (principio de eficacia) el derecho puede hacer (garantizar las normas sobre el cumplimiento de los contratos y la protección de la propiedad privada, ahora como protección de las inversiones privadas). Este “realismo” de las tendencias neo-conservadoras, neo-liberales y anarco-capitalistas dista mucho de ser el realismo de la realidad histórica, de la *realidad de lo real*, que aquí pretendo seguir; ese “realismo”, igual que el realismo schmittiano,²³⁰ es un “realismo” de la *compulsividad de los hechos*. Que esto no nos lleve a confusión ni desconcierto, sino a asumir con responsabilidad nuestras adscripciones teóricas y las prácticas que las postulan y, a la vez, se alimentan de ellas. Así, si es realista admitir lo que produce y sostiene la vida, también es realista admitir lo que lleva a la muerte; pero ambos realismos parten de principios completamente diferentes. Esa es la diferencia entre el realismo de la realidad histórica y el realismo de las tendencias neo-conservadoras, neo-liberales y anarco-capitalistas que aquí cuestino.

En esas tendencias ni siquiera hay un discurso de derechos humanos que se pretenda invertir; el argumento es simple:²³¹ por cuanto ha fracasado toda la política y el entramado jurídico de respeto a *los* derechos humanos, como ha fracasado el Estado Social de Derecho, sólo queda proteger las *islas de desarrollo*, únicas donde se vive humanamente, de todos aquellos que quieren invadirlas y arrasirlas por su resentimiento. Evi-

²²⁹ Sobre la polémica Kelsen – Schmitt, entre otros, véase Barcellona, 1996: 66-73, y la seleccionada bibliografía ahí citada; asimismo, Herrera, 1995. Por lo demás, la contrariedad que manifiesta Kelsen con este tipo de argumentaciones puede estar detrás de su insistencia en la distinción entre validez y eficacia (Kelsen, 1988: 34-52).

²³⁰ “En la *Teología política* (1922, trad. española, 1941, reimp. 1975) –donde define como soberano a aquel “que decide sobre el estado de excepción”, y sostiene que un orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre una norma-, Schmitt arremete contra la metodología kelseniana, y en particular contra el postulado neokantiano de que la ciencia construye su propio objeto, que en la teoría kelseniana según el jurista alemán, expulsa toda referencia a los problemas reales. Para Schmitt, el método de Kelsen, con su rechazo por los problemas sociológicos, se queda en la “antecámara de la ciencia del derecho” (Herrera, 1995: 117 –los entrecorridos y la cursiva son del original).

²³¹ Aquí se puede decir, como Bobbio refiriéndose a la concepción dualista (amigo-enemigo) sobre la política de Carl Schmitt y su impacto redivivo en el pensamiento político de última ola, que: “La fascinación que ejerce esta teoría procede de su simplicidad. Demasiado hermosa para ser cierta” (Bobbio, 1997: 297).

dentamente esta deriva también abdica de cualquier fundamentación y justificación, es realista no oculta nada, pero es cínica; pero, lo que es peor, se trata del contexto (o pretexto) de origen de las nuevas legislaciones sobre inmigración, seguridad ciudadana, relaciones laborales, seguridad social, etc.

V. Brevísimos interludio sobre la relación entre axiología y epistemología. “Discursos ideológicos” y “discursos cínicos” (continuación)

La axiología adoptada por Kelsen y gran parte de la comunidad jurídica y filosófica positivistas que se han preocupado por la cuestión de derechos humanos, es deudora de las doctrinas analíticas, marcadas por un fideísmo científicista. Estas, si bien han sido útiles para mostrar el carácter convencional y la inmanencia (histórica) del derecho, así como la importancia y fuerza preformativa del lenguaje jurídico, adolecen de cierta ingenuidad, pues tal parece que para ellas existieran términos y juicios *descriptivos* por un lado y términos y juicios *valorativos* por otro lado; unos y otros no pueden ser intercambiados y mantienen su mismo carácter en cualquier contexto. Sin embargo, después del último Wittgenstein sabemos que esto no es así. Por otra parte, desde la misma perspectiva no cognitivista que adopta el convencionalismo jurídico (Ferrajoli, 1995: 218-219), si llegamos a considerar el carácter parasitario o predicativo de los valores, estos necesariamente lo son de un *sistema de sustantividad* del cual se predicán y del cual forman parte estructuralmente. Así, la axiología no puede hacer omisión de tal sustantividad so pena de devenir en meras abstracciones conceptualistas. Pero, sin explicación ninguna, parece que esa conexión entre el valor (predicado) y su substrato de sustantividad sólo se admite en el caso de los juicios de valor jurídico, no así en los juicios sobre la justicia. Esto es lo que hace Kelsen cuando afirma:

“La existencia de los valores del Derecho viene condicionada por hechos objetivamente verificables. A las normas del Derecho positivo les corresponde cierta realidad social, lo cual no sucede con las normas de Justicia. En este sentido, el valor del Derecho es objetivo, mientras que el valor de la Justicia es subjetivo” (Kelsen, 1992: 150).

Otra gran parte de la comunidad jurídica y filosófica está adscrita a las ideas del Derecho natural, ya sea en sus versiones “duras” o en sus versiones “suaves” contemporáneas.²³² Sin menoscabar o desconocer el papel heurístico que éstas tuvieron, ni la deuda

²³² Un ejemplo de este *retorno* del iusnaturalismo (aunque, en realidad, nunca se ha ido) es la obra de un amigo, el mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel, hombre de luchas y compromisos con los oprimidos y por su liberación. De la Torre pretende teorizar “sobre el *iusnaturalismo histórico* partiendo del *iusnaturalismo clásico*, ligándolo al *personalismo* e incorporando categorías de la llamada *filosofía de la liberación*. Con una visión integradora de esas tres corrientes filosóficas, y utilizando

histórica que con ellas se tiene por haber planteado el problema de los “derechos naturales”, tienen un claro componente ideológico y ya la misma crítica kelseniana ha dado cuenta de sus defectos.

Por otro lado, dada su relevancia en este inicio de siglo XXI, no se debe soslayar lo que denomino una *axiología desaxiologizada* (nihilista) del “realismo político” (neoliberal, neoconservador, anarco-capitalista) y el reto que presenta para el pensamiento humanista en términos generales, del signo que sea. Aunque como he indicado, aquí no me propongo analizar esta deriva teórica y su correspondiente axiología, pero al menos puedo dejar patente mi discrepancia. Sobre esta especie de *axiología desaxiologizada*, veamos lo que dice Hinkelammert:

“Frente a esta transvalorización de los valores, la crítica clásica de la ideología está completamente desarmada. Si se reivindica a la muerte como destino, y si el capitalismo resulta ser un sistema mortal, entonces el capitalismo es un sistema que corresponde a la perfección a lo que pretende ser. Es un “ser para la muerte”. Y esta pretensión no contiene ningún potencial de razón, y no se abre más a ningún potencial análogo. Está por completo tautologizado y no ofrece ninguna posibilidad para una crítica inmanente” (1998: 234).

Por eso, no se trata de argumentar o contraargumentar, ni siquiera de hacerle una crítica ideológica frente a la que parece inmune, sino hay que confrontarla con su propia destructividad, anteponiéndole un principio diferente. En ese sentido, hacer posible la vida (vida digna y vida para todos, todas y todo) exige la adopción de una *ética necesaria*, que no parte de principios normativos preestablecidos, sino que confronta, interpela y reclama derechos, como derechos de los seres corpóreos, vivientes, reales.²³³ Por el contrario, el sistema dominante promete muerte y da muerte; es coherente. La contrapartida será, pues, postular un *proyecto de vida* (de y para sujetos corpóreos vivientes) como horizonte utópico de posibilidades alternativo, que impulse la apertura de “espacios de lucha” (Herrera Flores, 2000), para crear y apropiarse las condiciones materiales de posibilidad de todos aquellos *modos de vida* que sean pensables y factibles en función de ese *proyecto de vida*.

la *racionalidad analógica*, [ha intentado] construir un discurso teórico que pretende ser un ensayo de *iusnaturalismo histórico analógico*” (De la Torre, 2001: IX –las cursivas son del original). Desde ese esfuerzo, el autor ha entrado en diálogo fructífero con las corrientes del pluralismo jurídico (De la Torre, 1996; 2002) y la concepción sociohistórica del derecho (De la Torre, 2005).

²³³ En un sentido similar, véanse Dussel, 1998: 91 ss.; 2001: 103 ss.; Gutiérrez, 1998: 221-223.

IV. De la “contradicción entre valores absolutos” según Hans Kelsen y dónde estriba el problema de tal perspectiva

Al abordar el segundo problema planteado al inicio, vemos como Kelsen confronta los postulados ético-sustancialistas de la doctrina del Derecho natural, al sostener que toda vez que sean dados dos valores considerados supremos por distintos interlocutores,²³⁴ siendo que “... sólo se puede alcanzar uno de estos fines a expensas del otro...”, se plantea un conflicto en virtud del cual se debe decidir “... cuál es verdaderamente el valor supremo”. Además, en este ámbito no se puede argüir ninguna razón para inclinar la balanza en favor de uno u otro de esos valores (Kelsen, 1988: 15-16.57). Así planteadas las cosas, el problema resulta racionalmente (y científicamente) irresoluble; por lo tanto, la solución, según una posición axiológica cercana o claramente inscrita en la corriente del *emotivismo ético*,²³⁵ está en atender las preferencias o intereses (emociones en sentido amplio) de los sujetos, pues “[no] puede demostrarse, mediante consideraciones de tipo racional, que uno tiene razón y el otro está equivocado” (Kelsen, 1992: 69).

De entrada, el planteamiento del problema parece nítido, sin otra complicación más que la implicada por el principio lógico de *no contradicción*. Pero algo no deja de ser chocante e inquietante. Veamos.

En ese mismo trabajo Kelsen formula su crítica a la dialéctica hegeliana. La base de su argumentación vuelve a ser la proposición de la *separación* radical y absoluta entre el “es” y el “debe”, cosa que, según él, Hegel obvia por completo en un vano intento de fundar su Teología de la Historia. Al considerar que el valor es inmanente a la realidad, Hegel proyecta las leyes del pensamiento a los fenómenos físicos y deriva de las cuestiones empíricas conclusiones lógicas. Dice Kelsen:

“Este punto de vista –a saber, que el valor es inmanente a la realidad–, que en la doctrina del Derecho natural conduce a la falsa conclusión de que lo que “es” “debe ser”, es la base fundamental de la falacia de la dialéctica hegeliana: la identificación de la relación entre las fuerzas opuestas en la realidad externa con la relación entre las proposiciones contradictorias en el pensamiento. La relación entre dos fuerzas opuestas que tienen por resultado un

²³⁴ O bien, por un mismo sujeto, da lo mismo a los fines del argumento, toda vez que se trata de una cuestión que parece ocurrir en la mente de los sujetos y no alcanza, por ejemplo, el ámbito de sus necesidades reales.

²³⁵ Esta adscripción doctrinal forma parte de una argumentación recurrente en la obra de Kelsen, por ejemplo, es la clave con la que elabora la argumentación en la conferencia homónima del volumen indicado “¿Qué es Justicia?” En ella dice: “El problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a estas preguntas [sobre los diversos significados del término “justicia”] es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo” (Kelsen, 1992: 39).

movimiento definido en la naturaleza y en la sociedad no tiene nada que ver con una contradicción lógica. Los fenómenos a los que aludimos pueden y deben describirse mediante afirmaciones no contradictorias que se ajusten completamente a los principios de la antigua lógica” (Kelsen, 1992: 108 –los entrecomillados son del original).

Sin pretender quebrar ninguna lanza en favor de Hegel, sólo quiero recordar que múltiples estudiosos y estudiosas de la lógica, en este final de siglo, han asumido posiciones más flexibles que las que el mismo Kelsen estaría dispuesto a admitir. Además, como trataré de mostrar más adelante, su misma argumentación en punto al *conflicto de valores* pareciera estar afectada por el mismo vicio, pues de la *contradicción empírica* que él ve –y que es real– hace derivar una *contradicción axiológica*.

De esta forma, aún si jugara con las mismas leyes del juego lógico *presupuestas* por Kelsen y aceptara la separación radical entre las distintas dimensiones de la realidad, no encuentro el motivo por el cual él llega a afirmar que en el ámbito del *valer* o de los fines (axiológico) hay una contraposición lógica entre dos valores-fines considerados supremos, como “... la libertad personal con la seguridad social, el bienestar individual con el bienestar de toda la nación” (Kelsen, 1992: 68).

La contradicción que se puede plantear en el ámbito de los valores es la que existe entre un *valor* y su correspondiente *antivalor*, dado el carácter (bi)polar de los valores; así, la contradicción entre la libertad personal con la falta de libertad o determinación, entre la seguridad social con la falta de seguridad social o injusticia social; pero no hay contradicción entre dos valores diversos, como la libertad y la seguridad. Desde una perspectiva eminentemente teórica, esta falta de contradicción ha podido quedar demostrada en los postulados de algunas tendencias del anarquismo teórico, que hacían convivir la libertad “absoluta” con la plena satisfacción de las necesidades (seguridad social, justicia social) por la *ley del amor*, cosa distinta es que esa sociedad sea factible. Es más, teóricamente no hay oposición entre esos valores y hasta se puede predicar una *complementariedad* entre ellos. Lo mismo se puede encontrar en la base teórica del abolicionismo penal. Otra cuestión es que se quiera “realizar” empíricamente tales valores, pues, en esa situación (**a**) no sólo se tiende a obviar el carácter utópico de tales propuestas y el carácter mismo de los valores, sino que (**b**) cualquier intento de realización en ese sentido lo es respecto de acciones conforme a tales valores - insisto: no se realizan valores, sino sólo acciones conforme a valores. En este caso tal intento de realización (de acciones conforme a valores) solo se podría efectuar en el marco del producto social y las condiciones técnicas de una determinada sociedad, mas es en este punto donde aparecería la contradicción, por las distintas exigencias materiales que unos y otros valores (más propiamente: que unos y otros sujetos que pretenden realizar las acciones conforme a esos valores consideran indispensables) conllevan, y las limitaciones propias (naturales e históricas) de esos contextos de realidad.

Desde otra perspectiva, podría hablar de una tensión (dinámica) al interior de los valores mismos, que va de su valor (+) a su antivalor (-). En esa tensión se da el predominio de un polo respecto del otro, en razón de lo cual en cada caso se asigna el carácter de *positivo* o *negativo* a uno u otro polo. Ahora bien, contra toda idea sustancialista, ese predominio no es un automatismo teórico, aunque discursivamente funcione como tal, tampoco es un presupuesto axiológico, sino que se establece a partir de una determinada configuración histórico-práctica o sociohistórica. Es decir, cuando uno u otro polo o ambos a la vez encarnan (son encarnados) como disposiciones políticas respecto de las cuales se articulan estrategias y se ordenan los recursos de una institución, colectivo, sociedad, etc., devienen valores diferenciados, susceptibles de entrar en colisión con otros valores, sobre todo con aquel de signo contrario. Pero, como se puede ver, la contradicción sigue siendo práctica, pues lo que a nivel axiológico ha sucedido es, únicamente –no por ello menos importante–, un intercambio (*¿transvalorización de los valores!?*) en la asignación de los caracteres positivo (+) y negativo (-). Y he indicado que esto no es menos importante, pues una vez configurado²³⁶ discursivamente el *universo axiológico*,²³⁷ éste tendrá un innegable impacto preformativo en la *praxis*.

Entonces, la contradicción que se plantea entre dos valores diversos –para seguir con la forma del planteamiento kelseniano– se da en el plano de las concreciones históricas, cuando unos individuos, colectivos, instituciones, etc., pretenden realizar (acciones conforme a) un valor y otros individuos, colectivos, instituciones, etc., buscan realizar (acciones conforme a) un valor distinto. De esta forma, el problema, propiamente, está ubicado en el plano de la lucha ideológica y de los sistemas políticos a ella adscritos, por ejemplo el “liberalismo” y el “socialismo”. En otra parte Kelsen afirma:

“Las normas que se usan en realidad como modelos de Justicia varían entre los individuos y a menudo son mutuamente irreconciliables. Por ejemplo, el liberal considera que el ideal de Justicia es la libertad (es decir, cree en la norma según la cual todo el mundo debe gozar de libertad), mientras que el socialista ve el ideal en la igualdad (es decir, cree en la norma según la cual todo el mundo debe gozar de un mismo bienestar económico). Si es imposible que estos dos ideales se realicen simultáneamente, el liberal prefiere la libertad a expensas de la igualdad, mientras que el socialista prefiere la igualdad en perjuicio de la libertad” (Kelsen, 1992: 149).

Lo interesante de todo esto es que, por un lado, Kelsen ubica la polémica en el plano de la confrontación entre dos sistemas político-económicos diversos, dos ideológi-

²³⁶ No se trata de una sucesión cronológica, sino de la sincronía de los momentos constitutivos.

²³⁷ Con la expresión “universo axiológico” hago referencia al subsistema de realidad de los valores, que sólo en la integralidad del sistema de realidades (realidad histórica) tiene sentido (Ellacuría, 1990).

as de signo contrario, en este caso el modelo individualista del liberalismo y el de la economía planificada del socialismo, en tanto cada uno *crea responder* (utopismo) a una norma de signo contrario;²³⁸ es decir, sea por la referencia a los modelos político-económicos concretos o por la remisión a unas presupuestas normas, estamos en un plano objetivo, según los criterios de objetividad que sigue Kelsen. Por otro lado, en éste como en otros lugares, de manera cuasi-mecánica, el problema es *desplazado* y subsumido en un ámbito “subjetivo” en el cual el significado de los términos (valor, Justicia, etc.) está dado únicamente por las inclinaciones emocionales de los sujetos.²³⁹

Es claro que en Kelsen, como en la mayoría de las doctrinas iusfilosóficas de nuestros días, o las mismas teorías del conocimiento al uso,²⁴⁰ lo de “subjetivo” no es por referencia al (a los) sujeto(s) como ser(es) corporal(es), sino que se predica de las ensoñaciones, preferencias, deseos, en fin, del ámbito de una *fantasía* que se asume como irrealidad. Es más, esto queda reafirmado cuando, más tarde, emerge un “sujeto” (abstracto) cuyo predicamento es hacer una elección sobre esas *cosas* irreales, fantasiosas o subjetivas, siendo que, *desde la misma perspectiva que lo postula*, está imposibilitado de formular un juicio racional respecto de ellas, pues tal juicio sólo es susceptible respecto de cosas objetivas.

En recibo de lo anterior, la teoría jurídica extrema este desplazamiento del sujeto corporal, del sujeto viviente, cuando le niega la primacía como *criterio* a partir del cual está llamado a realizarse el derecho. Por el contrario, asume el criterio *ex parte principii* y postula la primacía de la norma,²⁴¹ que ahora aparece como configurante de la persona/sujeto de derecho.

§ 26. Desde la perspectiva iuspositivista normativista, la *primacía* de la norma positiva se mantiene, aunque se tenga la consideración sistemática del Ordenamiento jurídico²⁴² como

²³⁸ En realidad, nunca he entendido que se deban asumir como *contrarias* las cosas que, simplemente, son *distintas*.

²³⁹ Es cierto que no *debemos* confundir lo que queremos individualmente con las aspiraciones intersubjetivas de un colectivo, así como tampoco *debemos* imponer las convicciones personales como normativas para una generalidad, ni *debemos* confundir las concreciones históricas con los ideales que las impulsan. Pero, lo menos que *puede* provocarnos esa suerte de *desplazamientos* arbitrarios de los problemas tratados es una cierta sombra de duda. Por otra parte, si todavía consideramos útil (en términos del conocimiento y, particularmente, en lo que hace a la discusión sobre derechos humanos) la distinción *objetivo – subjetivo*, ésta no puede ser entendida en la forma simple de la teoría del conocimiento clásica.

²⁴⁰ Para una crítica de las teorías del conocimiento y la verdad tradicionales, véase Schaff, 1995.

²⁴¹ Que en *tiempos* de la codificación y el derecho legislado, se expresa como (se la extrae de la) ley legislada.

²⁴² En uno de sus sentidos, “... “ordenamiento jurídico” tiene valor de “conjunto de normas” y equivale al alemán *Rechtsordnung*. En este sentido lo adoptan múltiples doctrinas “normativas” del derecho y, últimamente, la de Kelsen y sus seguidores o derivados” –Orestano, 1997: 377, las comillas y cursivas son del original).

principio de validez y eficacia de las normas particulares. Esto es así por cuanto junto con el Ordenamiento jurídico se postula su clausura sistémica (por ejemplo, el mismo Kelsen señala: “La función de la constitución es fundamentar la validez” – en Marí *et al.*, 1994: 88) y como resultado de ésta su autonomía y la prescindencia o abdicación de fundamentación.

En el orden de las ficciones, una extrema es el intento de extrapolar la idea de autopoiesis (“acoplamientos estructurales” –Maturana & Varela, 1999) al Ordenamiento jurídico, pero cambiándole su sentido, ahora como auto-reproducción y auto-regulación (N. Luhmann, 1998) del propio Sistema jurídico. Todavía más, sea de la norma particular, sea del entero Ordenamiento jurídico, lo cierto es que la primacía (como *criterio* que juzga sobre cualquier norma y sobre cualquier validez) le está negada al sujeto humano en cuanto *sujeto corporal-viviente-relacional*.

En Kelsen, por ejemplo, “persona”²⁴³ es “centro de imputación”, “portador de derechos y deberes”, “personificación de un orden”, etc. (Kelsen, 1988: 109-128); por eso es posible anular al sujeto corpóreo viviente como sujeto de derecho y en su lugar poner un sujeto abstracto, creado por el mismo Ordenamiento jurídico. De esta forma, jurídicamente hablando, los sujetos concretos (seres humanos vivos) no pueden demandar o interpelar la ley (Hinkelammert), sino que le deben sumisión so pena que se ejerza contra ellos/ellas el “poder coercitivo”. En este autor, como en Norberto Bobbio,²⁴⁴ al hacer del saber sobre lo jurídico un saber competente (Ciencia jurídica) sobre la norma y el Ordenamiento, dejan de hablar del sujeto como sujeto corpóreo, sujeto necesitado, en virtud del cual y al servicio del cual se constituye el derecho. Por consiguiente, en el análisis jurídico las normas jurídicas se postulan sin referencia a ningún sujeto(os) viviente(s), la conducta humana de la que habla la norma es sólo aquella definida por la norma misma (solipsismo de la norma) y el análisis jurídico deviene tautológico.²⁴⁵ Este es un cam-

²⁴³ Obviamente, la doctrina tradicional no hablará más de *persona humana*. Para una comprensión del carácter de la persona humana, véase Ellacuría, 1990.

²⁴⁴ Cfr. Bobbio, II-1991. Al señalar a estos dos autores no quiero decir que a ellos sea atribuible la *paternidad de la criatura*, sino sólo doy fe de que son dos cimas del pensamiento jurídico del siglo XX, por ende, representativos de lo que aquí quiero exponer.

²⁴⁵ Dice Kelsen: “Si presuponemos que existe una norma que prescribe o permite cierto tipo de conducta humana, podemos describir la conducta como la que se adecua a la norma presupuesta y la conducta incorrecta como la que no se adecua. Entonces podremos decir de una conducta humana determinada que entra o no dentro de la definición de conducta correcta y que, según ella, es una conducta correcta o incorrecta. Pero sólo podrá entrar en la definición si está de acuerdo con la norma presupuesta. (...) La función que deben cumplir las autoridades legales no es conocer o describir la ley, sino prescribir o permitir una conducta humana y de ahí hacer la ley. La ciencia jurídica es la que tiene como función conocer y describir la ley. Reviste gran importancia la distinción entre la función de la autoridad legal y la de la ciencia jurídica, entre normas legales y reglas de Derecho” (1992: 224).

bio análogo al que se opera en la teoría económica contemporánea (neoliberal, neoconservadora), que deja de hablar de la realidad como realidad de los sujetos corpóreos (los *animales de realidades*, como diría Ellacuría), tal como lo expone Hinkelammert cuando afirma:

“Esta transformación neoliberal de la teoría económica liberal (y la neo-clásica), es una teoría que no habla más de la realidad. Habla únicamente de la institución del mercado, sin referirla en lo más mínimo a realidad concreta alguna en la cual los mercados se desenvuelven. Vistos desde la teoría neoliberal, los seres humanos no tienen necesidades sino apenas propensiones a consumir, inclinaciones psicológicas que originan sus demandas. Ellos se desenvuelven en una naturaleza que no es más que un objeto de cálculo. No tienen tampoco ninguna necesidad de ésta, sino sólo inclinaciones psicológicas hacia ellas. Con eso la realidad se desvanece, y el sujeto humano concebido por la teoría neoliberal es un perfecto solipsista” (Hinkelammert, 1998: 238).

Entonces, ¿cómo el sujeto puede interpelar la ley, el Sistema jurídico, etc., si es éste el que lo hace ser? Desde el positivismo legal, el sujeto no puede reclamar derechos frente el Sistema jurídico, sino que éste le otorga derechos, a los cuales debe someterse y cuya infracción traerá inexorablemente el castigo (cfr. Kelsen, 1992: 224-225). Por lo que podemos ver, aquí se genera una de las más fuertes fuentes de *alienación* del sujeto como ser corporal, como ser viviente.²⁴⁶

Recién ahora podemos ver donde se encuentra la posible contradicción: entre una *realización* (o intento de realización: las acciones *conforme a* valores efectivamente realizadas) y otra y no entre los valores en cuestión, pues, en esos intentos de concreción o realización (de acciones conforme a valores) ineludiblemente nos topamos con las *condiciones materiales y simbólicas concretas* sobre las cuales se ha de construir cualquier proyecto social (en un sentido muy amplio). Esta situación representa un límite al intento de realización simultánea de (acciones conforme a) ambos valores *cuando éstos son asumidos como absolutos*. Luego, procediendo con el mismo criterio lógico, aquí nos encontramos de nuevo con un traslape o *desplazamiento*, ahora de las dimensiones discursivas, que consiste en derivar de una confrontación práctica una contradicción axiológica; esto es tan desdeñable como “... la falacia lógica que consiste en inferir el “debe” a partir del “es”” (Kelsen, 1992: 69 –los entrecomillados son del original).

²⁴⁶ Esto nos llevaría a otra serie de consideraciones que vuelven sobre el problema de los esquematismos (crimen – castigo, bien – mal) que subyacen en la construcción de la “norma jurídica”, como he señalado más atrás.

Para resolver esa contradicción, que es *práctica* y no axiológica ni lógica, la solución emotivista no es suficiente.²⁴⁷ En el nivel práctico, que es donde definitivamente cuenta la solución que demos al problema, queda evidenciado que Kelsen no se da cuenta de (o no quiere ver) lo siguiente:

- 1) La afirmación de la imposibilidad de realizar empíricamente de manera simultánea (acciones conforme a) dos valores no se puede hacer en abstracto, sino sólo en referencia a un marco de riqueza social determinado, supuesto que efectivamente se quieran realizar (acciones conforme a) dichos valores; entonces y sólo entonces, se funcionaliza un valor respecto de otro, que será el finalmente considerado como supremo.
- 2) En virtud de ese proceso, que hace que un valor ceda frente a otro valor, los valores terminan por ajustarse a un orden jerárquico.
- 3) Para proceder a esa *jerarquización* debe haber un *algo* (en este caso, otro valor) “estable” (en todo caso, que se lo defina y parezca como tal) que sirva de referencia, *algo* que no sea uno de los elementos en pugna; es decir, que se mantenga exterior a los valores en pugna. Este punto de referencia deberá ser *externo*, porque, de lo contrario, si fuera interno, tendría que jerarquizarse junto con y participar de la misma condición de los otros valores en pugna. Ese *algo* a partir del cual se jerarquizan los otros valores es el *principio de jerarquización*.
- 4) Luego, el principio de jerarquización se instaure como el valor fundamental y, en tanto que tal no admite oposición,²⁴⁸ pues todos los demás valores le están funcionalizados. De otro modo, para poder reconocer cuál es el valor fundamental, en un determinado ámbito o contexto, no hay más que determinar²⁴⁹ cuál se constituye como el *principio de jerarquización* de todos los valores en juego.

Para la construcción científica de su *Teoría pura*, Kelsen sigue este *principio de jerarquización*.²⁵⁰ La *norma hipotética fundamental* es un supuesto²⁵¹ del pensamiento jurídico que

²⁴⁷ No interesa aquí explorar las objeciones que en el plano estrictamente axiológico se le pueden plantear al emotivismo, sino ver como definitivamente éste resulta insuficiente para dar una respuesta en el nivel práctico, particularmente a un problema tan vitalmente comprometido como el de derechos humanos.

²⁴⁸ Ni genera oposición, pues la oposición no se da al interior de un mismo orden jerárquico, sino con otro orden alternativo que quiera imponerse. Esto permite comprender la oposición entre socialismo y liberalismo, como oposición entre órdenes jerárquicos, no entre los valores específicos entre sí, aunque sean los considerados fundamentales, respectivamente igualdad y libertad, ya que uno y otro orden los incluyen.

²⁴⁹ Esto que se dice de una manera que puede parecer fácil no lo es tanto, pues el principio de jerarquización generalmente aparece como intangible; su ocultamiento o invisibilización es parte de las funciones de legitimación que desencadena y hace operativas el orden que se cimenta sobre él.

²⁵⁰ Así, dice: “Por tanto, el orden legal dentro de un Estado es un sistema jerárquico de normas legales. Simplificando mucho, la situación es la siguiente: El nivel inferior lo constituyen las nor-

se basa, a su vez, en el *principio de efectividad*.²⁵² Luego, este binomio *norma hipotética fundamental*–*norma básica general* son supuestos distintos (externos) a partir de los cuales se jerarquizan todas las normas legales positivas; es decir, son el principio jerarquizador del orden jurídico. Sin embargo, no cometeré aquí un anacronismo conceptual: Kelsen *no reconoce* este principio de jerarquización, aunque trabaje con él; dicho principio es una adquisición posterior de las ciencias sociales. Empero, las preguntas que surgen se mantienen: ¿Qué hay detrás de ese sesgo? ¿Qué le impidió ver respecto de los juicios de valor sobre la Justicia el mismo mecanismo de jerarquización operante en el orden normativo y de los juicios de valor jurídico?

Si llevamos su argumentación al campo de derechos humanos, toda vez que de esto ha hablado el mismo Kelsen (libertad, seguridad social, etc.), nos encontramos con un problema adicional, a saber, que desde la óptica por él adoptada hay una tendencia a desvirtuar el carácter y la complejidad de la cuestión de derechos humanos, que puede llevar a considerarlos meras formas semánticas, cuyo sentido o contenido estaría dado por las inclinaciones emocionales de los sujetos las cuales están excluidas de poder ser comprendidas en un juicio racional. Por otra parte, su preocupación central es la postulación y defensa de la constitución, como eje ordenador del Estado de derecho y aunque considerara los *derechos fundamentales* como parte de su núcleo esencial, termina por reducirlos al aspecto formal normativo. Esto hace que desde su perspectiva, los derechos

mas individuales creadas por los órganos aplicadores del Derecho, especialmente los tribunales. Estas normas individuales dependen de las leyes, que son las normas generales creadas por el legislador, y las normas consuetudinarias que constituyen el nivel superior siguiente dentro del orden jurídico. A su vez, estas leyes y normas consuetudinarias dependen de la constitución, que forma el nivel superior del orden legal considerado como sistema de normas positivas. Las normas “positivas” son normas creadas por actos de los seres humanos. Las normas que pertenecen a uno de los niveles inferiores derivan su validez de las normas que pertenecen al nivel superior siguiente. Si se considera que el Derecho internacional no es un orden legal superior al Derecho nacional, la constitución de un Estado representa el nivel superior dentro de un orden jurídico nacional. En este caso, las normas constitucionales no reciben la validez de ninguna norma legal positiva, *sino de una norma que el pensamiento jurídico ha presupuesto*, la norma fundamental hipotética./ Los juicios de valor jurídicos presentan una estratificación que corresponde a la de las normas jurídicas” (Kelsen, 1992: 140-141 –el entrecomillado es del original pero las cursivas son nuestras).

²⁵¹ Cabe aclarar –como me lo ha señalado el amigo y profesor de la Universidad de la Plata, Alejandro M. Medici– que, en la última parte de su producción teórica, adoptando la perspectiva de la filosofía del *como sí* de Vaihinger, Kelsen llega a la conclusión de que su norma hipotética fundamental no es un postulado gnoseológico, sino que se trata de una *ficción*, lo cual deja explícito en su ensayo “La función de la Constitución”, en Marí *et al.*, 1974: 79-88).

²⁵² “El principio de efectividad es la norma básica general que el pensamiento jurídico presupone siempre que reconoce un conjunto de normas como la constitución válida de determinado Estado” (Kelsen, 1992: 144; en el mismo sentido cfr. 1988: 49).

fundamentales sean *una parte* del Ordenamiento jurídico y su *tratamiento* científico quede diluido como un apartado más de la Dogmática.

No obstante, si desde otra perspectiva consideramos que:

“derechos humanos resultan ser modos de vida y no simplemente estipulaciones valóricas que se pueden considerar fuera de la vida humana concreta, corporal y material” (Hinkelammert, II-1990: 138).

O bien

“‘derechos humanos’ solo puede designar tipos de *relacionamiento* o *tramas sociales*. El campo imaginario de derechos humanos efectivos se inscribe en las relacionalidades fundamentales propias de toda formación social: economía política, economía libidinal, reproducción política y producción cultural, y se manifiesta en la vida cotidiana de los diversos grupos sociales; sólo en cuanto esas tramas potencian individuos [sic.], los derechos humanos son constitutivos (‘propiedad’) de los individuos [sic.], de su subjetividad. Por sí mismos, es decir en ausencia de relaciones, los derechos no existen y sólo mistificadamente resultan atribuibles a los individuos como factor de su identidad socio/política falsa” (Gallardo, 2000: 285)

recién entonces podemos ver claramente que:

- 1) En el nivel donde aparece radicada la pugna o contradicción, el nivel práctico, lo que determina que se puedan “realizar” derechos humanos (o valores), o sea, que se realicen acciones *conforme a* derechos humanos, es el tamaño del producto social y la existencia de un orden de relacionalidad o tramas sociales que lo produce. Todavía más, independientemente de cuáles fueran las pretensiones y preferencias de los sujetos (valoraciones), cualquier intento de realización de (acciones conforme a) un derecho humano específico (o un valor) deberá tomar en cuenta sus condiciones de *posibilidad* (que esa acción produzca, reproduzca y desarrolle la vida humana) y *factibilidad* (que se tengan condiciones materiales y técnicas para poder realizar dichas acciones), los cuales están dados por la riqueza social realmente existente.
- 2) La *riqueza social* tiene como *nota básica* las posibilidades (*potentidad*, en el sentido de Ellacuría) de la naturaleza misma (ecología) y está prefigurada por las relaciones materiales y simbólicas de producción y reproducción social (economía). Esto es lo que se denomina *condiciones materiales de factibilidad* (Hinkelammert). Entonces, es el plexo de condiciones materiales el que posibilita fácticamente (*principio de factibilidad*) la realización de cualesquiera acciones conforme a derechos humanos (o valores).

- 3) Ahora bien, si por una parte la naturaleza²⁵³ nos viene dada en cuanto nota básica de la realidad histórica (Ellacuría), por otra es trascendida *en* las relaciones socio-económicas que *disponen*²⁵⁴ de ella. Luego, en realidad el derecho fundamental (o valor fundamental) será ese plexo de relaciones socio-económicas y su pervivencia (*el derecho a tener derecho*). Este derecho fundamental²⁵⁵ está en el orden de las cosas *indecidibles*,²⁵⁶ por tanto, no responde a una elección según las preferencias de los sujetos. La afirmación de que el plexo de las relaciones materiales y simbólicas está en el orden de lo *indecidible* corresponde, por así decir, a un *punto de vista interno* a cualquier intento de realización de acciones *conforme a* derechos humanos (y valores). Por otra parte, no se está haciendo referencia a los modelos empíricos específicos adoptados por esas mismas relaciones, ninguno de los cuales, dada su contingencia, puede concebirse esencial, sino al hecho de que este plexo, sea cual sea su configuración histórica específica, siempre opera como el marco de posibilidad y factibilidad en la realización de cualesquiera de las aspiraciones que se propongan como valiosas; lo contrario sólo ocurre en esquemas o modelos ideales y abstractos.

Como resulta claro, no desmiento cierto “relativismo” ni el “subjektivismo” de las diversas *elecciones* axiológicas; todavía más, con lo señalado quedan reafirmados, pero en un sentido diverso, pues apunto más hacia una “relacionalidad” que hace posibles esas elecciones axiológicas. En todo caso, lo que intento es sacar la discusión de derechos humanos del enmarque analítico y nominalista, que supone considerarlos como meras cuestiones valóricas y devolverlo a su dimensión práctica originaria. Y *originaria* en dos sentidos:

²⁵³ Esa naturaleza, tal como la percibimos en los límites físicos del planeta Tierra, es sólo en tanto nota básica de la realidad histórica del *animal de realidades* (ser humano); por lo mismo, bien puede dar lugar a (ser *nota básica de*) otras formas de realidad. Por eso, lo que aquí llamo *naturaleza* es a la forma en que el ser humano trasciende *en* el lugar (espacio-temporal) del cosmos que ocupa. Luego, en nuestro estadio de evolución histórica, este nivel de formalidad está preformado y realizado por unas determinadas relaciones históricas (sociales, económicas, políticas y culturales).

²⁵⁴ Para Ellacuría, 1990, esta *disposición* está referida a una *transformación adaptativa* del medio a los fines y necesidades del animal de realidades (ser humano). En este punto específico, uso el término más bien en el sentido de organización; es decir, unas relaciones socio-económicas que disponen un orden (jerarquía) de los bienes naturales y las producciones humanas.

²⁵⁵ Dado que siempre es posible una elección por el suicidio o cualquier otra forma de aniquilación de la vida, mediante la realización de fines que caen fuera de la factibilidad, aún esos fines deberán ser realizados en el marco de las condiciones materiales de posibilidad concretas, por ejemplo, en el marco del potencial de muerte procurado por el desarrollo tecnológico orientado a los fines de la guerra. Esta situación es la que le otorga su carácter de *fundamental* en tanto es insoslayable.

²⁵⁶ Esta perspectiva de lo *decidible* y lo *indecidible*, por ejemplo, en el contexto jurídico-político es relevante para la configuración de la democracia y el estado de derecho; al respecto véase Ferrajoli, 1995: 857-860.

1. Referido al ámbito del fundamento de derechos humanos, pues al ser éstos *modos de vida*, tipos de *relacionamiento* o *tramas sociales*, su fundamento no radica sino en una *praxis* (*los modos y su significación de la acción humana*)-*que-opta-por-la-vida*, por crear condiciones materiales de posibilidad para la paz, la convivencia humana incluyente (que todos y todas quepan), el reconocimiento de la naturaleza como *casa común* y fuente insoslayable de las posibilidades de la historia, etc.
2. Si nos retrotraemos a la exposición de los pensadores de la Ilustración, desde su pretensión de lo que hoy se podría llamar una *prospectiva social*, el esfuerzo por pensar en derechos humanos estaba íntimamente vinculado con su proyecto político de conformación de la vida social a unos marcos de convivencia democráticos. Que dicha reflexión tuviera una deriva conceptualista podría achacarlo, entre otras cosas, a la reacción idealista del siglo XIX, deriva que no pudo ser superada ni siquiera por los esfuerzos del mejor positivismo, como lo podemos ver en el mismo Kelsen. Luego, tampoco pretendo una vuelta a la Ilustración para intentar realizar y completar su programa inconcluso,²⁵⁷ sino que en el rastreo (*genealogía*) de nuestras tradiciones (jurídicas y de otra índole) encuentro ya elementos suficientemente fuertes e innovadores como para poder pensar de forma distinta derechos humanos y, así, de re-pensar o re-imaginar el paradigma jurídico vigente.²⁵⁸

V. Interludio sobre por qué debemos considerar la *factibilidad* en los procesos de realización de acciones conforme a valores

Dice Franz J. Hinkelammert:

²⁵⁷ La tragedia de nuestro tiempo finisecular es vivir “la irracionalidad de lo racionalizado”. Pero, “[la] respuesta ahora, no es declarar la irracionalidad de la racionalidad medio-fin [de todos modos, vano intento de postmodernistas y epígonos del pensamiento *light*]. De lo que se trata es de percibir por fin la irracionalidad de lo racionalizado por medio de la totalización de la racionalidad medio-fin, para asignarle a esta racionalidad un lugar circunscrito por la responsabilidad por el bien común y su utilidad, que es la utilidad de la paz, de la convivencia humana, y del reconocimiento de la naturaleza. Una utilidad que escapa al cálculo de la utilidad, siendo el fundamento de su posibilidad” (Hinkelammert, 1998: 285).

²⁵⁸ Quizá sea la hora de empezar a pensar el fenómeno jurídico en términos de derechos humanos y no a la inversa, como han hecho las doctrinas jurídicas e iusfilosóficas tradicionales desde el momento en que aquéllos quedaron encasillados en la doctrina de los derechos individuales, en el marco de los procesos de codificación y consolidación del esquema legislativo-parlamentarista (véanse entre otros Clavero, 1997; Carmen Lucia Silveira Ramos, “*A constitucionalizacao do direito privado e a sociedade sem fronteiras*” en Fachin, *coord.*, 1998: 3-29).

“... así como el conjunto de todos los fines posibles aparece a partir del conocimiento por las ciencias naturales del universo exterior al hombre, del mismo modo aparece ahora un universo económico que condiciona los fines realizables por la necesidad de inscribirlos en el producto social de la economía. Es decir, todos los fines posibles tienen condiciones materiales de posibilidad, y el producto social es el universo en el cual los fines por realizar se disputan sus condiciones materiales. Independientemente de la voluntad humana y de las capacidades subjetivas de realización, las condiciones materiales de la posibilidad, cuyo conjunto es el producto social, obligan a una selección de los fines efectivamente enfocados y realizados. Proyectos técnicamente posibles se vuelven económicamente posibles, en cuanto pueden recurrir a un espacio en este universo económico del producto social y, por tanto, contar con sus condiciones materiales de posibilidad” (I-1990: 238).

Desde una *racionalidad reproductiva* y no meramente instrumental, el principio de *factibilidad material* responde a la pregunta por la *legitimidad interna* de la acción tendente a la realización de un valor o fin. Luego, este es un principio necesario pero insuficiente para justificar cualquier proyecto o acción, ya que estos deben venir *justificados externamente* por su correspondencia con las aspiraciones del proyecto de vida de sujetos concretos (*factibilidad ética* –en un sentido similar Dussel, 1998: 258-263; Sánchez Rubio, 1999: 187-191).

“Por lo tanto, la decisión sobre los fines es una decisión sobre la concreción del proyecto de vida de los sujetos, y no se agota en una relación formal medio-fin. Toda esta relación medio fin es el medio en el cual se realiza un proyecto de vida, esto es, el proyecto de vida engloba esa relación y la trasciende. Al nivel reducido de la relación medio-fin puede haber neutralidad valórica, pero ella es imposible al nivel del proyecto de vida que la engloba” (Hinkelammert, I-1990: 239).

Esto es así porque la elección de fines o valores es siempre una cuestión que incumbe o supone que el sujeto que la realiza es un sujeto vivo, producido por una trama de relaciones sociohistóricas. Ningún otro ente o sustancia, del tipo que se quiera, puede elegir fines si no es un sujeto vivo. En esa medida, la elección de sus valores o fines y las acciones que emprenda de conformidad está subordinada a la vida del sujeto (en primer lugar, del sujeto que elige y realiza fines; pero en el tanto somos sujetos en *respectividad/relacionalidad*, también de todo otro sujeto vivo).

“En efecto, dado que únicamente un sujeto vivo puede proyectar y realizar fines, la elección de éstos necesariamente está subordinada a la vida del sujeto. En consecuencia, no todos los fines concebibles técnicamente y realizables materialmente según un cálculo medio-fin, son también factibles; sólo lo es aquel subconjunto de fines que se integran en algún proyecto de vida. Es decir, fines que no son compatibles con el mantenimiento de la

vida del sujeto mismo, caen fuera de la factibilidad. Cuando se realizan, acaban con la vida de aquel que los realiza, con el resultado de que ya no se pueden realizar más fines” (Hinkelammert, I-1990: 239-240).

Por otra parte, dado que siempre es posible una elección por el suicidio (Hinkelammert, I-1990: 240) o cualquier otra forma de aniquilación de la vida, mediante la realización de fines que caen fuera de la factibilidad, aún esos fines deberán ser realizados en el marco de las condiciones materiales de posibilidad concretas, por ejemplo, en el marco del potencial de muerte procurado por el desarrollo tecnológico orientado a los fines de la guerra. Esta situación es la que le otorga su relevancia a la consideración de la factibilidad, en tanto es insoslayable.

VI. De *justicia* y *validez*: una distinción insuficiente

Uno de los avances más importantes en el proceso de secularización del derecho –y de sus reflexiones filosóficas e investigaciones científicas– ha sido la distinción entre derecho y moral (Kelsen, 1988: 23-24; Ferrajoli, 1995: 214 ss.). Detrás de esta distinción aparece el postulado de la “ley de Hume”. La versión que esta doctrina iuspositivista alcanzó como teoría general del derecho presupone (implícitamente) la distinción entre *justicia* y *validez*, que es donde nos encontramos la discusión kelseniana contra la doctrina del Derecho natural. Ciertamente ésta no es la única versión, pero ha sido la predominante en el siglo XX.²⁵⁹

El esquema de la distinción entre justicia y validez, llevado al campo de derechos humanos, terminó por colocar la preocupación por derechos humanos en el lado de la Justicia y, por tanto, como objeto de la Filosofía jurídica, mientras que el aspecto de la validez tendía a agotar el análisis normativo (Kelsen, 1988: 34 ss.)²⁶⁰ y se constituía en el centro exclusivo de la Ciencia jurídica (Dogmática). Ello tiene una explicación plausible;

²⁵⁹ Un esfuerzo consistente, aunque todavía insuficiente –esto es cosa a discutir en otro momento–, con el mismo talante de fundar una teoría general garantista del derecho y desde una visión renovada que busca superar los peligros del absolutismo sustancialista y del escepticismo relativista del formalismo ético, es el de Luigi Ferrajoli (1995: 213 ss.), con su tesis de la separación entre legitimación externa y legitimación interna.

²⁶⁰ Abundando al respecto, Hernández Gil dice: “La normatividad no puede ser borrada por completo del campo de la experiencia jurídica. La cuestión estriba en determinar si agota de manera excluyente el objeto de la ciencia en sentido estricto o alcanza también a los contenidos de lo regulado” (1981: 91). Más enfático aún es Ferrajoli cuando acepta las consideraciones del iusrealismo que “refleja un punto de vista descriptivo, de tipo sociológico o politológico. Que es un punto de vista no sólo legítimo (...) sino también útil y fecundo para la ciencia jurídica: a condición de que no ignore o, peor, pretenda sustituir al punto de vista normativo que es, y no puede dejar de ser, el propio de la teoría del derecho” (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 169).

por un lado, en el hecho que se haya considerado derechos humanos sólo como *valores* y no como *modos de vida*, tramas de relacionalidad, que es su forma de existencia. Ciertamente pensar en términos de derechos humanos tiene una dimensión axiológica, pero no es la única ni es suficiente para su cabal comprensión. Por otro lado, está la consideración de que en el siglo XX el paradigma científico adoptado por el positivismo legal ha estado afiliado a las tendencias analíticas más extremas, las cuales terminaron reduciendo las posibilidades de una investigación científica, en todos aquellos campos diversos a los de las llamadas ciencias naturales, al mero análisis y depuración de los lenguajes empleados, así tanto para el Derecho, cuanto para la Sociología, la Politología, etc.

La cuestión se complica cuando los valores son desdoblados en sus sentidos objetivo y subjetivo. En la Teoría general del derecho del “estricto positivismo legal”, esa distinción traduce el problema de derechos humanos en un desdoblamiento entre *norma* (los “derechos fundamentales”)²⁶¹ y *valor* (derechos humanos como aspiraciones), o entre valor en “sentido objetivo”²⁶² (significado de una norma de derecho positivo) y valor en “sentido subjetivo” (justicia o injusticia). Según Kelsen, desde la óptica de la Ciencia del Derecho sólo son susceptibles de ser comprendidos por ella los juicios de valor jurídico (valor en sentido objetivo) por su *verificabilidad*.²⁶³ Así, afirma:

“La existencia de los valores del Derecho viene condicionada por hechos objetivamente verificables. A las normas del Derecho positivo les corresponde cierta realidad social, lo cual no sucede con las normas de Justicia. En este sentido, el valor del Derecho es objetivo, mientras que el valor de la Justicia es subjetivo. Y esto siendo cierto incluso si muchas personas tienen el mismo ideal de Justicia.

²⁶¹ “Fundamentales” en el sentido en que la doctrina predominante se refiere a los derechos positivizados mediante la inclusión legislativa en una norma general. Por supuesto que el concepto de “fundamentales” debe ser revisado profundamente, pues ¿cuán fundamental es aquello que puede ser postergado o suspendido o negado pasivamente por la no legislación al respecto (laguna) o la no suscripción de un instrumento internacional sobre derechos humanos o cuando de algunos se dice que son meras directrices para la política económica, etc.?

²⁶² Esta distinción aparece extensamente explicada por Kelsen, 1988: 6-9 y 1992: 127-128. Aunque no es cosa de hacer ahora una desconstrucción total del discurso, una nota marginal al último texto referenciado: en este hay un *anacronismo* que, sacado de su contexto, puede tener efectos nocivos para todo intento de crítica y proposición innovadora en el campo jurídico. Kelsen dice: “Dado que el Derecho *siempre* aparece bajo la forma de un sistema legal determinado –Derecho francés, suizo, americano o internacional-...” (1992: 127 –la cursiva es nuestra). Pero es bien sabido que la *forma legal* y aún la sistemática en el Derecho son producto de los esfuerzos racionalizadores que sólo tienen esa culminación en los procesos de codificación y constitucionalización del siglo XIX. Luego, lo de *siempre* aparece como la naturalización de una forma convencional particular. Detalles como este hay bastantes y si no fuera por la coherencia que mantienen con otros puntos tratados, me inclinaría a pensar que se debían achacar a problemas de la traducción.

²⁶³ Para una crítica a la idea de “verificación”, véase Berlin, I-1992: 43-71.

Los juicios de valor jurídicos pueden ser contrastados objetivamente mediante determinados hechos. Por tanto, se pueden admitir dentro de la Ciencia del Derecho” (Kelsen, 1992: 150).

Ahora bien, para sostener esa verificabilidad debe postular –contrario a su propio canon logicista– que a los valores jurídicos del derecho positivo “les corresponde cierta realidad social”, pero inmediatamente aclara que se trata del “contenido” del derecho positivo y es lo cierto que, desde su perspectiva, la Ciencia jurídica hace abstracción de los factores extra-normativos, así como de los mismos contenidos de las normas. Por consiguiente, la susodicha verificabilidad no es la de las ciencias empíricas, sino la de una “argumentación racional” capaz de seguir una lógica constrictiva. Esto lleva a considerar, fundamentalmente, el aspecto semántico de los juicios de valor, con lo cual el juicio de valor jurídico versa sobre el significado de una norma que, en definitiva, es un juicio sobre si la norma existe o no existe.²⁶⁴

Asimismo, desde la perspectiva kelseniana, si se quiere analizar “científicamente” los juicios de valor en sentido subjetivo (juicios acerca de la Justicia –derechos humanos) éstos también deben ser tomados en su aspecto valórico, es decir, la semántica de tales juicios. De esta forma quedan despojados de toda vinculación con la realidad objetiva y no llegan a ser más que una expresión de deseos subjetivos (Kelsen, 1988: 7-9.15; 1992: 35-63.126-151). Entonces, dado el carácter “subjetivo” de los juicios acerca de la Justicia, por exigencia de la racionalidad instrumental que subyace en el análisis científico, su análisis racional sólo podría hacerse si tales juicios aparecieran incorporados en una secuencia del tipo medio–fin. Pero, como supuestamente los juicios acerca de la Justicia versan sobre las aspiraciones máximas de los individuos, es decir, sus íntimas aspiraciones supremas, no es posible determinar racionalmente cuál es el valor supremo ya que no aparecen en una cadena medio–fin. Sin embargo se olvida algo importante, y es que

“la decisión sobre los fines [así como cuál es el fin o valor fundamental] es una decisión sobre la concreción del proyecto de vida de los sujetos, y no se agota en una relación formal medio-fin. Toda esta relación medio-fin es el medio en el cual se realiza un proyecto de vida, esto es, el proyecto de vida engloba esa relación y la trasciende. Al nivel reducido de la relación medio-fin puede haber neutralidad valórica, pero ella es imposible al nivel del proyecto de vida que la engloba” (Hinkelammert, I-1990: 239).

²⁶⁴ “Por tanto, un juicio de valor jurídico presupone la existencia de una norma, de un “debe”. Por consiguiente, el significado de este juicio de valor depende de lo que signifique que una norma “existe”” (Kelsen, 1992: 128 –el entrecomillado es del original).

De ahí que aunque la argumentación kelseniana parece impecable lo es solo en apariencia, pues del postulado de la distinción entre derecho y moral y la adopción de la “ley de Hume” tampoco se sigue necesariamente –como parece entenderlo Kelsen:

- 1) Que derechos humanos sólo se deban admitir en su carácter semántico o meramente “valórico”.
- 2) Que sólo haya una racionalidad instrumental medio-fin, por tanto, que la racionalidad (aquí como *razón para la vida* del sujeto vivo) de los juicios sobre la Justicia (derechos humanos) no pueda ser fundada.
- 3) Que derechos humanos deban ser únicamente considerados en sus aspectos particular o individual (como independientes unos de otros) y absoluto, lo cual los hace susceptibles de derivar en oposiciones irreductibles.

Estas son lo que puedo denominar tres *tesis por pasiva*,²⁶⁵ que aparecen en los postulados kelsenianos. La tesis (1) aparece con dos filones contrapuestos. El primer filón está en el Iusnaturalismo el cual, en el intento por constituir un ámbito de autonomía para los individuos (ciudadanos) frente a los fueros del poder del *Leviathán* estatal, llevó, por la vía del idealismo racionalista, a escamotear *los* derechos humanos de la realidad histórica, elevándolos a una esfera de esencias inmutables que, a su vez, los enajenaban de los sujetos concretos.²⁶⁶ Sólo mediante la consideración de esta *enajenación* es posible entender que el discurso esencialista o sustancialista de *los* derechos humanos, el cual entiende derechos humanos como derechos innatos, imprescriptibles, intransferibles, que sólo exigen la condición de *hombre*²⁶⁷ –son los tiempos del patriarcado– pueda haberse sostenido sin hacer referencia al ámbito de la satisfacción de las necesidades reales. De esta forma, por supuesto, era posible soslayar la exigencia de las condiciones de humanización y, aún más, evitar la problematización de los marcos empíricos de realización de

²⁶⁵ Traigo a colación estas *tesis por pasiva* por el simple hecho que en la doctrina jurídica e iusfilosófica al uso hoy día, tanto se conciben derechos humanos en el sentido de esas tesis cuanto no aparece una comprensión diversa a ellas. Así, en la *normalidad* política y académica se habla de: derechos individuales y sociales o derechos de libertad y derechos de igualdad o derechos de primera, segunda y tercera generación o derechos justiciables y derechos como meras orientaciones para las políticas económicas; ni que se diga de la renuncia a fundamentar y justificar tales derechos o la simple denuncia de algunos intentos en ese sentido como ideológicos, por ende, carentes de racionalidad, etc.

²⁶⁶ Sobre la formación moderna de la doctrina del derecho natural, con base racionalista, que asume *los* derechos humanos como principios de un orden jurídico general socio-estatal, entre otros, véase “Derecho natural y revolución” de Habermas, II-1990:87-122.

²⁶⁷ La definición de manual, con pequeñas variantes, suele rezar así: “Decir que hay “derechos humanos” o “derechos del hombre” en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados” (Truyol y Serra, 1994: 11).

los mismos derechos humanos, pues éstos se agotaban en el mero hecho del “nacer vivo” como dirían las viejas formulaciones iuscivilistas.

El otro filón está en el positivismo legal, para el cual esta tesis (1) está impuesta por la adscripción a las posturas analíticas radicales, que en su búsqueda de erradicar cualquier tipo de absolutismo viabilizado por las tendencias esencialistas, tuvo como efecto inverso caer en un “absolutismo nominalista”, que lo hace igualmente ciego para comprender la complejidad de la realidad. Ni siquiera es suficiente el recurso a la distinción entre semántica y pragmática, en cuya conformidad la consideración de derechos humanos en cuanto *modos de vida* correspondería a este último aspecto (pragmática). Proceder de esa forma tiene varios efectos: por un lado se invisibiliza el carácter preformativo de realidades sociales del discurso, por otro lado se clausura el análisis de la determinación que los marcos empíricos de realidad ejercen en la formación del discurso mismo. En consecuencia, ambas actitudes teóricas impiden ver la complejidad de derechos humanos como *modos de vida*.

La cuestión de la racionalidad (2) está derivada de la adscripción a una epistemología emparentada con los postulados weberianos,²⁶⁸ particularmente con la idea de la neutralidad valorativa de la ciencia empírica (Kelsen, 1988: V-X, el “Prólogo”). Pero, si la ciencia empírica renuncia expresamente a la formulación de juicios de valor,²⁶⁹ y se atiene a los juicios de hecho (lo que *puede* o *no puede* hacerse), por pasiva, termina por expresar lo que *debe* o *no debe* hacerse. Es decir, si identificamos los intentos de realización de (acciones conforme a) distintos derechos humanos, en cuanto que cada uno de ellos puede ser realizado independientemente de los otros y nos topamos con el hecho de que así vistos cada uno tiene demandas distintas y contradictorias frente a la riqueza social y el orden de relaciones sociales que la produce, que son su base fáctica; entonces, la ciencia empírica solo podría determinar lo que se *puede* hacer o *no se puede* hacer en ese contexto según los recursos disponibles, pero no deriva ningún *deber ser* de tal análisis, dejando a los sujetos la elección conforme a sus inclinaciones subjetivas, lo cual es posible pues se trata de sujetos abstractos. Sin embargo, al decir lo que se *puede* hacer o lo que *no se puede* hacer, la ciencia empírica está descalificando un cauce de acción y, por pasiva, está señalando un *debe* respecto de la acción factible, al menos un *debe* negativo. Por consiguiente, es neces-

²⁶⁸ Para una crítica a la epistemología y axiología weberianas véase Hinkelammert, II-1990: 81-111.

²⁶⁹ Contra la idea de la neutralidad valorativa, escuchemos una voz poco sospechosa: “Muchas pretensiones de abstención valorativa implican a su vez otras valoraciones. Es grande el riesgo que se corre de incidir en ideologías, en otras ideologías, cuando se intenta desenmascarar las identificadas como tales. La objetividad reflexiva no pasa de ser un esfuerzo o un estado de conciencia erigidos en la vigilancia crítica que, sin embargo, no garantizan en términos absolutos el resultado. El conocimiento reposa siempre sobre un contexto histórico que le traspasa más allá de donde el sujeto cognoscente está en condiciones de prevenir o corregir con sus cautelas” (Hernández Gil, 1981: 58).

rio hacer una revisión profunda en aras de que la misma epistemología seguida no constituya un *obstáculo epistemológico* más. Por lo pronto, de seguro esa epistemología weberiana no es adecuada; con ello no quiero decir que la racionalidad instrumental deba ser proscribida o negada, sino que deberá ser reconsiderada como *una* de las formas de la racionalidad, con una determinada utilidad en función la responsabilidad por el bien común.

La cuestión señalada como (3) no puede explicarse considerando sólo que se trata de una expresión del *individualismo*, sin el componente de *maniqueísmo* (dualismo oposicional). El individualismo es el sustento filosófico de la teoría de los derechos subjetivos. Desde la óptica de los sistemas jurídicos de ley, es decir, en el contexto de los procesos de la codificación, fue asumida como el paradigma para pensar derechos humanos, por oposición a las tendencias totalizantes (algunas terminarían en totalitarias) del historicismo jurídico que se opuso a la misma doctrina de los derechos subjetivos (caso Savigny) y del historicismo marxiano. El individualismo *sirvió la mesa* para que, conforme la lógica del dualismo oposicional (esquematismos *amigo – enemigo, bien – mal*, etc.) que está en la base de las luchas ideológicas, las adscripciones por la realización de acciones conforme a unos u otros derechos humanos formuladas desde los distintos *bloques históricos* (socialistas, utopistas, etc., por un lado, liberales, etc., por otro lado) que jalonan la historia de la modernidad post-ilustrada, se asumieran como irreconciliables. En todo caso, en este aspecto está uno de los elementos para que se genere la *inversión ideológica* de derechos humanos.

Corolario: Como he podido reseñar, con la argumentación formalista sobre la imposibilidad del análisis racional acerca de los valores de Justicia (derechos humanos) y la abdicación científica de señalar cauces para la acción humana, lo que queda invisibilizado e incuestionado es el plexo de relaciones socio-económicas (materiales y simbólicas) que posibilitan fácticamente la realización de acciones conforme a derechos humanos. Dicho marco se constituye en el valor fundamental, pero queda disfrazado en el discurso tradicional de *los* derechos humanos y, en general, en toda la Teoría general de corte normativista-legalista. Por lo demás, este tipo de argumentación es la que se desliza cuando se discute sobre la preeminencia de los derechos de libertad sobre los de igualdad, o la inversa, ambas formas propias del debate político ideológico del siglo XX.

CAPÍTULO SEXTO

CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: CONTRA EL *RIGORISMO LEGALISTA*

Donde se trata de visibilizar ciertos rasgos de las tendencias que han llevado a la inversión ideológica del principio de legalidad clásico, sacralizado en la teoría normativista legalista. Asimismo, desde una perspectiva histórica, se intenta ahondar en los resquicios que *nuestra* cultura jurídica ha ido dejando al dogmatismo y la lectura sacrificial de dicho principio y se proponen algunas vías para desactivar los dispositivos discursivos que están en la raíz del *rigorismo legalista*

“En todos los casos se puede decir que la *mera legalidad*, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su *legitimación formal*, mientras que la *estricta legalidad*, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su *legitimación sustancial*”

Luigi Ferrajoli

I. Nuestra mirada y un punto de partida

Tomo como punto de partida un lugar común: aquél que define el *principio de legalidad* como el

“principio definidor y característico del Estado de derecho, que supone el sometimiento de los poderes públicos y de los ciudadanos a la Ley” (E. Barrachina, *Diccionario de Derecho público*, la cita está tomada de Clavero, 1997: 222).

En el mismo sentido, puede decirse que

“[el] principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior “razón de Estado”, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales)” (Zagrebelsky, 1997: 24 –las comillas son del original).

En los diversos abordajes al principio de legalidad se admite pacíficamente el carácter de “la ley como acto normativo supremo e irresistible”; los cuestionamientos vienen, normalmente, en torno al alcance de significación del sintagma “la ley”. Al respecto hay diversidad de posiciones, desde las que sostienen un significado *restrictivo* como “ley legislada” hasta las que –respaldadas en el estudio de la evolución de los sintagmas “la ley” y “principio de legalidad”– sostienen un significado *comprendivo*, sea como “bloque de legalidad”, o bien, las que a partir de una consideración *histórica*, encuentran que en las formulaciones ilustradas el término “ley” abarcaría las diversas expresiones de *lo jurídico*, etc.²⁷⁰ En mi caso, me posiciono junto con aquellas corrientes más comprensivas y con sentido de la historicidad; sin embargo, en lo que sigue, dirigiré la atención a los otros extremos, normalmente menos atendidos y conflictuados, como son los caracteres de “supremo” e “irresistible” que se predicán de esa legalidad (*su majestad La Ley*).

En ese sentido, mi mirada no es la del sistema, ni siquiera la del Estado de derecho; pretende, sí, ser una mirada desde el *sujeto*, pero tampoco la de un sujeto abstracto, por lo que no es la perspectiva de las burocracias, sean públicas o privadas, sino la del sujeto concreto, cuerpo humano hablante, la del sujeto necesitado en cuanto necesitado, límite indiferenciado para el poder: sobre el que se constituye todo poder a través de su negación.²⁷¹ De esta manera, la pesquisa que realizo está guiada por una *duda*, a saber: que históricamente, el *clásico* principio de legalidad se impuso como un límite a la arbitrariedad del poder, pero una vez instituido, en virtud de una tendencia rigorista (*legalismo*) y burocratizante (*procedimentalismo*), por su inversión ideológica se convirtió en el límite (“supremo e irresistible” –Zagrebelsky) que tienen los sujetos humanos concretos para ejercer y formular sus demandas frente al poder.

II. Del papel del clásico *principio de legalidad* en la conformación del Estado de derecho

En una retrospectiva muy rápida, para el caso de los derechos europeo continentales, podemos encontrar el origen de este principio de legalidad en algunas formulaciones de la Ilustración, primero en Montesquieu (1986: *El Espíritu de las Leyes*)²⁷² y posteriormente,

²⁷⁰ En general, sobre las peripecias del sintagma “principio de legalidad”, sus transformaciones, traducciones, reconducciones semánticas, etc., véanse Clavero, 1997: 181-236; Capella, 1999: 145-153; Ferrajoli, 1995: 93-97.155-162.373-385; 1999: 15-35; Zagrebelsky, 1997: 21-30.

²⁷¹ ¿Acaso no es este el carácter soberano, “supremo e irresistible”, del que habla Zagrebelsky, aunque en su texto parece obviar la gravedad del asunto? Para una crítica de la idea de “soberanía”, véase Agamben, 1998.

²⁷² “... *la bouche qui prononce les paroles de la loi*” (la boca que pronuncia las palabras de la ley), fórmula referida al sistema inglés y en un momento en que “*la loi*” aún no se había reducido a la concepción, exclusiva y excluyente, de ley legislada por/en el Estado.

en la parcela penalística, en C. Beccaria (1968: *De los delitos y de las penas*).²⁷³ Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el contexto en el que surgió el principio ilustrado (S. XVIII) era muy diverso a aquél en que el mismo principio va a desarrollar su trayectoria (Ss. XIX-XX), particularmente a partir de la codificación napoleónica con la cual se consolida la reducción positiva del derecho (y de la ley) a legislación estatal.

§ 27. El proceso de identificación entre ley y derecho ha sido sintetizado por Bartolomé Clavero de maneja sugestiva, por lo que cedo el espacio a sus palabras.

“Lo que entonces se produce es una identificación entre ley y derecho (...). Es premisa que en efecto viene con la revolución francesa y que encuentra su formulación paradigmática en la codificación napoleónica, en el título preliminar del código civil más en concreto. Ahí está la ley como expresión implícita de *soberanía*, de un poder normativo exento él mismo de derecho; ahí tenemos *la ley* como norma explícita de producción política que, respecto al ejercicio de *la justicia*, puede identificarse sin más con *el derecho*, un fenómeno patentemente inédito y prácticamente impensable con anterioridad. A partir de ahí también tenemos unos mecanismos eficientes de imposición de la legislación y de control de legalidad sobre la justicia, comenzándose por la cancelación completa de la existente para la conversión de la nueva, por la que toca a su entidad, en criatura entera de la ley. Resultará un sistema en el que no cabrá *rule of law* porque comienza a no admitir *rule of rights*, derechos anteriores al poder legislativo ni a otros poderes constitutivos del Estado. Entronizada de tal modo la ley, no admite derechos con valor propio ni cuando procede a su declaración” (Clavero, 1997: 201 –las cursivas son del original).

Es así como el principio de legalidad apareció en *nuestra* cultura jurídica (lo de *nuestra* referido principalmente a los sistemas jurídicos de la tradición europea continental o romanistas o románico-germánicos o de derecho escrito), en la línea, lenta pero sistemática, de una tendencia hacia la legislación como fuente única del derecho. Esa tendencia se consolidó a través del proceso de *codificación*, que vino a sellar el monopolio del Estado en el control y determinación de lo que *podía* o *no podía* ser considerado derecho; asimismo, sirvió un poderoso soporte político, ideológico y jurídico al poder establecido mediante la ficción de un auto-encauzamiento de los *modos* del poder. Recordemos que el principio de legalidad fue *imaginado* para regular la acción del Estado en la esfera pública, pues la esfera de lo pri-

²⁷³ Para quien “... *le sole Leggi*” (las solas leyes) comprendían también la contribución de la jurisprudencia, lo que desde nuestra óptica actual puede resultar no menos ambiguo, pero en ningún caso reduccionista al legalismo rigorista imperante desde el siglo XIX y hasta nuestros días.

vado se libraba al *automatismo* de la autonomía individual y el cumplimiento de los contratos.²⁷⁴

De esta manera, el principio de legalidad, que en su diseño original pretendía imponer un freno a la arbitrariedad en defensa de los intereses de *los ciudadanos*,²⁷⁵ fue el estandarte que los teóricos ilustrados levantaron para asegurar las reivindicaciones revolucionarias, incluida la de la división de poderes. Pero, por otra parte, con el ascenso e implantación del *bonapartismo* como forma y estructura del poder,²⁷⁶ el principio de legalidad se verá unido a la tendencia *burocratizante* y *centralista* de los aparatos estatales propios de ese estilo de ejercicio del poder. De esta forma, la implementación del principio de legalidad terminó reducida al aspecto *procedimentalista*,²⁷⁷ tal y como la vivimos y conocemos hasta nuestros días.

Sintetizando, en la conformación de los estados de derecho (S. XIX) convergen varios aspectos:

- 1) La pretensión de establecer un sistema de control del ejercicio del poder (Zagrebelsky, 1997: 24) de la cual deriva, como una expresión jurídica, el principio de legalidad.
- 2) La tendencia burocratizante y centralista que adquiere la organización y gestión de tales estados, de conformidad con el modelo napoleónico.
- 3) La consolidación de una racionalidad instrumental, eficientista y fragmentaria, impulsada por el cientificismo positivista en un ambiente de contrarrevolución e idealismo.

Estos aspectos no son genéticamente asimilables, pero son algunas de las tendencias básicas en la conformación de los estados modernos, las cuales deben ser tomadas en consideración para entender cómo, históricamente, el clásico principio de legalidad, nacido para subordinar el poder a la prefiguración de *una voluntad*,²⁷⁸ sucumbió a los dictados de un proceso de racionalización y *burocratización centralista* de las funciones públicas y administrativas.

²⁷⁴ La otra cara de la misma historia, es el paralelo que encontramos en la teoría economía clásica, con su ficción de la *mano invisible*, que lograría el *bien común* en la medida que los sujetos y las autoridades se despreocuparan de procurarlo. Es decir, desentendiéndose de realizar el bien común, éste, automáticamente, en virtud de esa mano invisible, se realizaría, como preconizaba A. Smith; empero, solo se trata de la ficción del *automatismo del mercado* (Hinkelammert, 2003).

²⁷⁵ *Los ciudadanos...*, pues si el sujeto político era, por excelencia, el propietario, de suyo que es una categoría excluyente y exclusiva, que deja por fuera a mujeres, extranjeros/as, etc. Este es uno de los enigmas de la razón patriarcal, donde reside su poder, pero, a la vez, su vergüenza.

²⁷⁶ El *bonapartismo* como modelo de gestión burocrática encarnó, de manera desmesurada, en las estructuras del poder judicial, llamado a imponer y realizar el propio Código napoleónico. Desgraciadamente este ha sido el modelo mayoritariamente vigente en los países latinoamericanos.

²⁷⁷ Hago eco de las palabras de Salvatore Satta, 1971, en su enigmático y siempre sugerente texto "El misterio del proceso": este procedimentalismo es la marca de la abdicación de una sociedad que se niega al proceso.

²⁷⁸ ¿Acaso voluntad popular, democrática? Originalmente se trataba de la *voluntad individual*, como en Locke, más tarde la *voluntad general*, dirá Rousseau y, finalmente, Nietzsche gritará: *voluntad de Poder*.

Asimismo, desde una perspectiva de la realidad histórica y sociohistórica y cuidándonos de caer en una pseudo-disputa entre formalismo y antiformalismo (Ferrajoli, 1995: 162-164), no podemos obviar el problema con solo afirmar que el principio de legalidad no tiene nada que ver con la forma burocrática y centralista de los estados, o, en todo caso, que se trata de una aplicación “errónea” o “inacabada” de dicho principio en esos estados burocráticos; por el contrario, debemos enfrentar el problema para intentar imaginar alguna solución alternativa.

Lo dicho no es óbice para reconocer las virtudes (positivas) del principio de legalidad, ni lo que Occidente le debe en términos de un control racional del poder. Tampoco oculto mi propia adscripción a una tendencia que lo supone con *radicalidad* (pero en los términos en que se verá más adelante). Sin embargo, lo que aquí me motiva es establecer la *genealogía de su inversión*, que no está separada de esa cara virtuosa, sino que es su correlato *inevitable*. Me interesa, entonces, escrutar la *zona de negatividad* que abre el principio de legalidad en la acepción paleopositivista (Ferrajoli, 1995), decimonónica, todavía vigente en el siglo XX y que parece querer hacer su entrada al siglo XXI sin mayores trabas, de derecho como ley y ésta como ley legislada, autónoma, sistémica, desentendida de la tensión constitucional y, lo que no es menos grave, abstraída de la funcionalidad respecto a los sujetos concretos sobre los que emite su dictado y ejerce su soberanía.

III. De la inversión ideológica de las normas jurídicas particulares: revisitando lugares

Es punto de acuerdo más o menos generalizado en el ámbito de la teoría jurídica moderna la consideración del derecho como *técnica de control social* (Kelsen, 1988: 17 ss.; 1992: 152-182) de un poder políticamente instituido. Tal técnica se dice de *tipo indirecto*, pues no está librada a un seguimiento voluntario de sus cánones por parte de los sujetos a los que está dirigida y cuya vida social pretende *ordenar*, sino que esta obediencia se hace descansar, en *última instancia*,²⁷⁹ en la amenaza de una consecuencia (la interferencia en los propios intereses por medio de la fuerza) para quien desobedezca el canon adoptado o establecido.

El *canon*, impuesto por el poder político, adquiere la forma de *norma*, las cuales aparecen dispuestas en un *orden* específico, por ende, se trata de un *orden normativo*. Toda-

²⁷⁹ Este carácter “coercitivo” (Kelsen, 1988: 17-23; 1992: 157) lo es en *última instancia*, pues Kelsen no desconoce la gama de situaciones de adhesión voluntaria a las orientaciones jurídicas, que según él era el argumento de las críticas de corte sociológico que se oponen “contra la definición del derecho como orden coercitivo” (Kelsen, 1988: 28-34). Tal adhesión viene dada ya sea por un convencimiento personal, o bien, por la instalación de esos dispositivos en el inconsciente individual y el imaginario social, pero que siempre aparecen *reforzadas* por la amenaza de una reacción frente a su desobediencia.

vía más, en la medida que el mecanismo para asegurar la obediencia a ese orden normativo es del tipo descrito: promesa de recompensa para la obediencia y amenaza de castigo para la desobediencia, decimos que se trata de un *orden normativo coercitivo*. A esto, en fin, es lo que se denomina *derecho* (Capella, 1999: 43-50; Kelsen, 1992: 152-182). Asimismo, en la medida que el poder político

“es originariamente la institucionalización de la fuerza cultural-militar de una forma de organización social incapaz de reproducirse por el mero despliegue de su lógica económica... [tiene como una de sus funciones la de] generar *ideología de aceptación*, fundamental para *reducir la visibilidad* de la actividad coercitiva” (Capella, 1999: 46.47 –las cursivas son del original).

En las *sociedades arcaicas* esa ideología de aceptación se instalaba mediante las formas *míticas* (religiosas o morales). El *mito*, a su vez, es la matriz en la cual se generó el esquema *crimen – castigo*, que posteriormente articularía las formas de respuesta del poder político jurídico al imponer su orden coercitivo. Este esquema demostrará, en la historia posterior y hasta nuestros días, tener una vigencia aún no superada por la teoría y las formas jurídicas.²⁸⁰ Esto puede verse, por ejemplo, en el análisis kelseniano sobre el derecho como orden coercitivo. Al respecto, Kelsen apunta lo siguiente:

“La Jurisprudencia describe la misma situación [la prescripción de una conducta humana] desde el punto de vista de las normas legales: el que comete un crimen debe ser castigado” (Kelsen, 1992: 67).

Podemos suponer que los primeros grupos humanos, indistintamente de las formas de su *socialización*, organizaban su vida comunitaria mediante unas *reglas de uso social*, cuya imposición era fundamentalmente ideológica. Las reglas de esta *moralidad positiva* (Capella) podían ser más o menos complejas, pero su esquema funcional básico exigía, frente a la *transgresión* de una de esas reglas (*tabú*), una *expiación*,

²⁸⁰ Pareciera que las *voces de la caverna* no han sido acalladas aún. Ante este hecho, los esfuerzos secularizadores en la tradición jurídica moderna podrían quedar al menos bajo sospecha de que hayan obtenido el efecto deseado. Por ejemplo, la polémica del Positivismo jurídico contra la Doctrina del Derecho natural heredó y consolidó la separación entre Derecho y Moral promovida desde algunos de las principales tendencias de la Ilustración. Sin embargo, no parece que se haya reparado en el hecho de que el esquema básico a partir del cual se ha concebido/construido (*imaginado*) el derecho fuera un esquema generado en la *mentalidad mítica*; de ahí que, no obstante la sofisticación de que podemos hacer gala en la moderna Ciencia jurídica y muy a pesar de los cientificismos exacerbados, parece que no logramos deshacernos de la tan defenestrada *imaginación mítica*, o bien, como discontinuidad de la historia, una y otra vez el mito asoma su paradójica faz.

“... algo así como la reparación o la descausación de las consecuencias del acto – consecuencias a menudo míticas e incontrolables, pero representadas como reales en la imaginación colectiva” (Capella, 1999: 41).

Ese esquema básico (*crimen-castigo*) será asumido, posteriormente y hasta nuestros días, por las formas organizativas del poder político jurídico, como bien da cuenta un material tan reciente como el texto citado de Kelsen. En este autor, paradigmático en el pensamiento jurídico moderno, a partir de la asunción de ese esquema básico, la argumentación desarrollada buscará revestirlo con los ropajes más asépticos de la racionalidad positivista.²⁸¹ Así, apunta:

“La técnica social que llamamos “Derecho” consiste en hacer que el individuo, utilizando unos medios específicos, se abstenga de interferir mediante la fuerza en los intereses de los demás. En caso de que se dé esta interferencia, la comunidad legal misma reacciona con una interferencia semejante en los intereses del individuo responsable de la interferencia anterior. La interferencia mediante la fuerza en los intereses de los demás, es decir *la medida coercitiva, funciona como delito y como sanción.*” (Kelsen, 1992: 160-161 –la cursiva es nuestra).

Fenomenológica y funcionalmente hablando, está la *acción* (una “interferencia mediante la fuerza en los intereses” de un sujeto) la cual debe ser calificada; esto genera otra acción para determinar (el poder de la *nominación* –Bourdieu, 2001: 200 ss.) el carácter de la primera como *sanción* o como *delito* (según si la “interferencia mediante la fuerza” viene ejercida por el poder político jurídico o por el sujeto particular). Esto reafirma el hecho de que tanto el delito como la sanción son resultado de una *definición*.²⁸² Sobre este punto parece que hoy día sólo pueden tener objeciones algunas tendencias esencialistas u ontologistas ya anticuadas; todavía más, este *carácter convencional del derecho* forma parte del bagaje de la reflexión jurídica moderna, aunque en el imaginario, tanto de la *gente de la calle* como de muchos operadores jurídicos, siga predominando una visión esencialista y arcaica.

²⁸¹ A esa racionalidad positivista ciertamente no poca cosa le debemos, particularmente el tomar partido por una concepción *convencionalista* del derecho, aunque ello resultara en no pocos casos un tanto ambiguo, dado que no se terminó por asumir el carácter eminentemente histórico del derecho (Capella, 1999: 18-25).

²⁸² Al respecto, dice Bourdieu: “El derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular los grupos; el derecho confiere a esas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda la permanencia, la de las cosas, que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas. / El derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos. No es exagerado decir que el derecho *hace* el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo” (2001: 202 –la cursiva es del original).

De esta manera, según Kelsen:

“El Derecho es un orden según el cual el uso de la fuerza queda prohibido únicamente como delito, es decir, como condición, pero está permitido como sanción, es decir, como consecuencia” (1992: 161).

En ese sentido, el mismo Kelsen dirá en otra parte que la relación entre la condición (*delito*) y la consecuencia (*sanción*) es de *imputación*,²⁸³ desechando cualquier vínculo causal o natural entre uno y otro extremo.²⁸⁴ Es decir, el discurso jurídico al uso por el poder político jurídico recubre un mismo tipo de acción sea como “delito” o sea como “sanción”. De otro modo, para responder a una “... interferencia, la comunidad legal misma reacciona con una interferencia semejante”; pero esto, si se mira con perspectiva histórica, no hace más que dejarnos anclados en un atávico *lex talionis*.

Ahora bien, lo que se quiere poner de relieve es como, aún cuando se haya logrado un avance en la concepción moderna, particularmente en lo que se refiere al *carácter convencional* –aún más: *histórico*– del Derecho, el esquema que sigue vigente solapadamente es el viejo esquema de *crimen-castigo*.²⁸⁵ Para Kelsen, por ejemplo, no hay ningún proble-

²⁸³ “Dado que la conexión entre delito y sanción queda establecida por una prescripción o una autorización, es decir, por una “norma”, la ciencia jurídica describe su objeto mediante proposiciones en las cuales el delito está relacionado con la sanción mediante la cópula “debe”. Yo mismo he sugerido llamar “imputación” a esta conexión. Este término traduce el término alemán *Zurechnung*. Decir que un individuo es *zurechnungsfähig* (“responsable”) significa que puede aplicársele una sanción en el caso de que cometa un delito. Decir que un individuo es *unzurechnungsfähig* (“irresponsable”) –por ser niño, por ejemplo, o enfermo mental– significa que no puede aplicársele sanción alguna si comete un delito. Con más precisión, podemos afirmar que en el primer caso la sanción está relacionada con una conducta determinada considerada delictiva, mientras que en el segundo caso la sanción no está relacionada con una conducta de este tipo. La idea de imputación (*Zurechnung*) como conexión específica del delito con la sanción está implícita en el juicio jurídico que afirma que un individuo es o no es legalmente responsable (*zurechnungsfähig*) de su conducta. Por tanto, podemos decir que la sanción viene imputada por el delito, no que tiene por causa el delito” (Kelsen, 1992: 224-225 –los entrecomillados y las cursivas son del original–; en el mismo sentido cfr. 1988: 107-108).

²⁸⁴ “Resulta evidente que tanto la regla moral como la jurídica relacionan condición y consecuencia según un principio totalmente ajeno al de la causalidad. La ley de la naturaleza es una afirmación del tipo “si se da A, entonces *se dará* B”, mientras que la regla moral o jurídica dice que “si se da A, entonces *debe darse* B”. En ello radica la diferencia entre “es” y “debe”, es decir, la diferencia entre causalidad y normatividad (o imputación)” (Kelsen, 1992: 67 –las cursivas y entrecomillados son del original).

²⁸⁵ Esto podría explicar, en parte, los niveles de intolerancia y represividad que tienden a mostrar no sólo muchos operadores del derecho, sino también gran parte de la *gente de la calle*, en la forma de una propensión hacia las medidas de intervención penal como manera de encausar los conflic-

ma en ello, pues en su polémica contra la Doctrina del Derecho natural, él está interesado únicamente en mostrar la *falacia naturalista* en la que ésta última incurre y en sostener la separación entre el “*es*” y el “*debe*”.

Por lo demás, cierto es que todavía, en los albores del siglo XXI, posiblemente no hayamos generado un esquema diferente para el diseño del derecho, aunque para la *imaginación jurídica* –quizá de manera escandalosamente minoritaria– hoy es posible superar el “horror al vacío del derecho” (Capella) al reubicar este saber-poder jurídico como *uno más* (preformativo de *nuestro* estilo de vida, pero no necesario para *todo* estilo de vida) de los elementos que configuran la convivencia socialmente organizada. Pero, en la línea de la secularización, como otra faceta de esta, cuando se utiliza un esquema arcaico, de reminiscencias míticas, como este de *crimen–castigo*, al menos debemos *hacernos cargo* de los efectos, directos e indirectos, de tal acción y mantener activa la duda para enfrentar cualquier exceso sacrificial. Pero esto es, según me parece, de lo que se abstiene Kelsen, y con él la mayor parte de la reflexión jurídica moderna, al suspender su análisis en ese punto.²⁸⁶

En virtud de ese esquema de fondo, del cual no puede salir la inteligencia del derecho (*imaginación jurídica*) mayoritaria, incluido Kelsen, nos encontramos con lo que Franz Hinkelammert apunta como *inversión* de las normas particulares la cual, por un despliegue ideológico, se extiende a todo el discurso jurídico en tanto el derecho resulta un *orden normativo coercitivo*. Luego, tenemos que

“[la] norma legal puede decir: *la vida humana es inviolable*, o, *no matarás*. Siendo esto una norma legal, el violarla tiene su sanción. Por lo tanto, frente al asesino que viola este derecho establecido por la norma, aparece ahora la violación legítima de ella. En caso extremo le es aplicada legítimamente la pena capital, es decir, él mismo es asesinado. De la norma: *no matarás*, ahora sigue: *mata a aquel que mató*. La norma es invertida por la relación crimen y castigo. La norma es asegurada por su violación en relación con aquel que la violó. Que la norma sea violada frente a aquél que la viola, es consustancial a la existencia de cualquier norma” (Hinkelammert, I-1990: 135 –las cursivas son del original).

Según la técnica jurídica imperante, se podría objetar que las expresiones “la vida humana es inviolable” y “no matarás” son, la primera, un principio –que bien puede ser un *principio jurídico*, así recogido en algunas constituciones, como la de Costa Rica– y, la

tos. Como hemos postulado, en realidad se trata de un dispositivo discursivo que está instalado en el imaginario de las gentes de las sociedades occidentales.

²⁸⁶ En puridad, como he tratado de mostrar, esto no es un asunto que sea achacable exclusivamente a Kelsen, sino que él actúa dentro de una “*experiencia jurídica*” determinada, con unos marcos categoriales igualmente determinados, comunes a todos quienes participamos de esa misma “*experiencia jurídica*” y que (de)limitan la forma de imaginar el derecho.

segunda, una norma moral. Pero, en todo caso, los aspectos de incondicionalidad fáctica (es decir, que no hacen referencia a un supuesto de hecho al que atribuirle una consecuencia) e indeterminación de las eventuales consecuencias muestran su carácter pre-normativo o extranormativo. En definitiva, aparece aquí una vieja polémica que el positivismo no logró resolver adecuadamente y que en la historia constitucional moderna ha tenido respuestas disímiles. Se trata de la discusión sobre los contenidos materiales del derecho, así como del carácter y función de los principios generales, entre otros aspectos.

Lo que quiero resaltar es que no se ha reparado en que la *reduplicación* de la norma (*Capítulo IV*) efectuada por la técnica jurídica *invierte* el principio jurídico. Luego, todo lo más que se pueda argumentar no puede negar ese hecho, aunque haya sido invisibilizado; así, el mismo Kelsen arguye:

“Entre las paradojas de la técnica social que aquí hemos caracterizado como orden coercitivo [el Derecho], podemos señalar el hecho de que su instrumento específico, el acto coercitivo, es del mismo tipo que el acto que intenta prevenir en las relaciones interindividuales; que la sanción contra la conducta socialmente perjudicial es también una conducta de este tipo. Ya que lo que se persigue mediante la amenaza de privación por la fuerza de la vida, la salud, la libertad o la propiedad es justamente que los hombres en su conducta social se abstengan de privarse entre sí de la vida, la salud, la libertad o la propiedad. Se emplea la fuerza para evitar el uso de la fuerza. / Sin embargo, esta contradicción no es más que aparente” (Kelsen, 1992: 159-160).

Sostener que emplear “... la fuerza para evitar el uso de la fuerza...” es sólo una contradicción “aparente”, por más esfuerzo que se haga, no deja de ser ideológico (aquí en sentido de *falseamiento de la realidad*). Esto es lo que puede invalidar el argumento justificativo que esgrime el propio Kelsen, cuando afirma:

“Sin embargo, esta contradicción no es más que aparente. Es cierto que el Derecho es un orden que promueve la paz, en el sentido de que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones entre los miembros de una comunidad. Y, sin embargo, no excluye completamente el uso de la fuerza. No debe entenderse que el Derecho y la fuerza son completamente incompatibles entre sí. El Derecho es la organización de la fuerza. El Derecho pone ciertas condiciones al uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres y autoriza el uso de la fuerza sólo a unos individuos determinados en unas circunstancias determinadas. El Derecho autoriza una conducta que debe considerarse prohibida en las demás circunstancias. La prohibición es la condición misma de la sanción coercitiva. El individuo que, habilitado por el orden jurídico, aplica una medida coercitiva (la sanción) está actuando como un órgano de este orden o de la comunidad constituida a través del orden. Por tanto, cabe decir

que el Derecho monopoliza el uso de la fuerza para la comunidad. Y es precisamente de este modo como el Derecho pacifica la comunidad” (Kelsen, 1992: 160).

Por el contrario, si la *imaginación jurídica* se hiciera cargo²⁸⁷ de sí misma²⁸⁸ y sus efectos, bien podría sostenerse la pertinencia del Derecho como *forma de vida en común*. Esta posibilidad todavía la vislumbro, aunque de manera contradictoria, cuando Kelsen dice:

“La paz es una situación en la que no se usa la fuerza. En ese sentido del término, el Derecho sólo proporciona una paz relativa, no absoluta, ya que priva al individuo del derecho de utilizar la fuerza pero reserva este derecho a la comunidad. La paz del Derecho no es una situación en la que la fuerza falta por completo; no es un estado de anarquía, sino un estado en el que la comunidad tiene el monopolio de la fuerza” (Kelsen, 1992: 160).

Kelsen es realista y ve las posibilidades reales del Derecho: no promete una paz absoluta, sino sólo la limitación en el uso de la fuerza por parte de los sujetos.²⁸⁹ Pero, como no es cínico,²⁹⁰ tampoco renuncia a la postulación del Derecho. Sin embargo, sus-

²⁸⁷ Este “*hacerse cargo*” es en el sentido de Ellacuría, 1990, quien apunta: “La técnica, como todas las demás actividades del animal de realidades que es el hombre, surge de la necesidad de hacerse cargo de la situación para poder seguir viviendo. De este hacerse cargo surge inevitablemente el hacer real del hombre, como contrapuesto al hacer puramente estímulo de los animales. En el caso del hombre no se trata únicamente de una acción física que transforma físicamente la realidad, sino de una acción en que el hombre transforma la realidad aprehendida como real y la transforma en tanto que realidad” (p. 162). Más adelante dice: “El hacerse cargo real de la situación es por parte del hombre un sentir la realidad o lo que es lo mismo un intelecúg sentientemente lo real” (p. 322).

²⁸⁸ No en el sentido de autocomprenderse, que es la vía fácil para el dogmatismo, sino en el sentido de la vigilia permanente y la duda frente a sus propios marcos categoriales y expresiones específicas.

²⁸⁹ Es esclarecedor de lo que aquí intento mostrar otro hecho importante, a saber, que el mismo Kelsen pone en la base de la convivencia de esa “comunidad” la *ética de la banda de ladrones*, remitiendo con ello a Platón y toda una larga tradición en ese sentido. Esto lo vemos cuando afirma: “A largo plazo, una comunidad sólo es posible si cada individuo respeta determinados intereses – la vida, la salud, la libertad y la propiedad de los demás- es decir, si cada cual se abstiene de interferir por la fuerza en estas esferas de interés de los demás” (Kelsen, 1992: 160). Pero deja muy en claro que esa abstención de “interferir por la fuerza en estas esferas de interés de los demás” está presidida por la amenaza de un *castigo*. “En caso de que se dé esta interferencia, la comunidad legal misma reacciona con una interferencia semejante en los intereses del individuo responsable de la interferencia anterior” (Kelsen, 1992: 160-161).

²⁹⁰ Por el contrario, es la vía seguida por Carl Schmitt y los actuales discursos “neoliberales” respecto a derechos humanos; en ese sentido véase Hinkelammert, II-1990: 113-131; 1998: 227-245; 2003.

pende su análisis en este punto porque, de continuar, tendría que violentar el credo científico del *estricto positivismo legal* y tendría que asumir, como consustancial al derecho, la *duda* y la *crítica*, incluso la postulación de una *ética necesaria* como preformativa del derecho; es decir, tendría que dar cabida en el análisis jurídico a los valores sobre la Justicia, pero en tanto que *ética necesaria*, lo cual en términos del paleopositivismo corresponde a esferas prejurídicas o extrajurídicas.

§ 28. Las referencias a “la comunidad”, en estas citas de Kelsen, 1992: 160.161, adquieren diversos significados, pues en un caso parece referirse al Estado, pero en otros más parece tener en cuenta el concepto weberiano de comunidad. Actualmente tales referencias pueden resultar mucho más equívocas, sobre todo en tiempos de nebulosos discursos sobre una rediviva “sociedad civil”. En fin, para el primer caso, con un concepto amplio y flexible, asumo que alude al *poder político jurídico* del que habla Capella, 1999: 43-50.

Esta cuestión no resulta nada baladí, pues, por ejemplo, cuando sostiene que “... la comunidad tiene el monopolio de la fuerza”, si se acepta que se trata de la “comunidad constituida a través del orden”, diría que se refiere al Estado, luego, como modelo político Kelsen tendría implícita la concepción espartana de “república”; pero si la referencia es al pueblo o pueblos que conviven en un mismo Estado, estaría asumiendo el ideal político ateniense de “democracia” (esta distinción entre modelo “republicano” y “democrático” es debida a Eduardo Saxe Fernández, 1999).

Por otra parte, sucede lo mismo cuando utiliza los términos “Estado” y “Derecho”, pues Kelsen identifica ambos fenómenos; sólo así puede entenderse la expresión “... el Derecho pacifica la comunidad”. Vemos, así, como se va articulando una “*ideología de aceptación*” (Capella) a través del recurso al *discurso de la pacificación*. La aspiración a los fines últimos, como la paz, por parte de la comunidad es instrumentalizada a los fines del poder político jurídico (el Estado).

Hoy día, esa ideología de aceptación es generada por otras formas creadoras de legalidad, paralelas al Estado, como los organismos financieros internacionales y las empresas transnacionales en el mundo de la economía neoliberal y las estrategias de globalización. Por consiguiente, si se acepta la legalidad del mercado absoluto, éste proveerá de una paz perdurable (nueva versión del milenio). En este respecto, Kelsen vuelve a Locke y Hayek no dice nada original.

Llegados a este punto –repito– Kelsen, y como él toda la tradición paleopositivista, suspende el análisis y no sigue hacia la comprensión de los aspectos sustanciales (menos se detendrá en los efectos materiales) del instrumento del poder político, el derecho, y es en ese vacío donde se quiebra el clásico principio de legalidad.

IV. De la crítica al *rigorismo de la ley*

Henos aquí ante la *paradoja* del principio de legalidad en su forma clásica: para sostenerse, en el nivel *semántico*, la ley debe revestir la forma de la norma general y abstracta (Zagreblesky, 1997: 29-30); pero, en el nivel *pragmático*, para llegar a ser eficaz, debe hacerse específica y concreta (*v.g.*, en la sentencia judicial, el acto administrativo, el negocio jurídico). Visto así, parece que la paradoja se disuelve con la distinción de niveles (semántico y pragmático); pero lo cierto es que ambos niveles se despliegan en un “campo” (Bourdieu)²⁹¹ dispuesto y monopolizado por el poder político jurídico.²⁹² Y si este poder político jurídico ha adquirido la forma de la *burocracia gestinaria* (la burocracia estatal, pero también las burocracias privadas del poder económico) que en su gestión tiende a hacer abstracción de los sujetos y procesos para maximizar el rendimiento de sus funciones, según una lógica de *medio-fín* (racionalidad instrumental); entonces, tenemos así los elementos (“tautología constitutiva” –Bourdieu) que conforman la interpretación y aplicación *legalista* de la ley que es la generadora de la inversión del principio de legalidad:

²⁹¹ Sobre esta idea de “campo jurídico”, atendamos lo que dice Bourdieu: “La entrada en el universo jurídico va acompañada de una redefinición completa de la experiencia ordinaria y de la situación misma que es el objeto en litigio, debido a que dicha entrada implica la aceptación tácita de la ley fundamental del campo jurídico, tautología constitutiva que pretende que los conflictos sólo pueden ser regulados jurídicamente, esto es, según las reglas y las convenciones del campo jurídico. La constitución del campo jurídico es un principio de constitución de la realidad (lo cual es válido para todo campo). Entrar en el juego, aceptar jugar el juego, de remitirse al derecho para solucionar el conflicto, es aceptar tácitamente la adopción de un modo de expresión y de discusión que implica la renuncia a la violencia física y a las formas elementales de la violencia simbólica, como la injuria. También, y sobre todo, significa reconocer las exigencias específicas de la construcción jurídica del objeto: habida cuenta que los hechos jurídicos son el producto de la construcción jurídica (y no a la inversa), una auténtica traducción de todos los aspectos del “asunto” es precisa para *ponere causam*, como decían los Romanos, para constituir el objeto de controversia en tanto que *causa*, es decir, en tanto que problema jurídico apto para convertirse en el objeto de debates jurídicamente reglados y para retener todo lo que, desde el punto de vista de un principio de pertinencia jurídica, merezca ser enunciado; y de eso sólo lo que pueda valer como hecho, como argumento favorable o desfavorable, etc.” (2001: 191-192 –las cursivas y el entrecorillado son del original).

²⁹² En la modernidad, el poder político jurídico típicamente ha sido monopolizado por el Estado; más hoy, en *tiempos* de la globalización neoliberal, el lugar donde funciona el principio de autoridad y hace su “puesta en escena” (Legendre), donde se constituye el monopolio del poder de nominación (Bourdieu), aparece desplazándose hacia las empresas transnacionales. Sobre la globalización y sus formas y estrategias, véanse entre otros Dierckxsens, 1999; 2000; Hinkelammert, comp., 1999, especialmente el trabajo de Maryse Brisson, “La globalización capitalista... una exigencia de las ganancias”, pp. 55-104; Santos, 1998; 1999; Martínez de Bringas, 2001; Amin & Houtart, eds., 2003; 2005.

- 1) El principio de legalidad clásico (no sólo en su corrección semántica o validez, sino en su efectividad pragmática también) ha sido implementado según los criterios de *generalidad* y *abstracción* de la burocracia (*v.g.*, judicial) encargada de gestionarlo.
- 2) La burocracia en la que encarna el poder político (y actualmente el poder económico –*v.g.*, empresas transnacionales y empresas nacionales vinculadas al capital transnacional– que tiene la pretensión de sustituirlo), en virtud de su propia racionalidad instrumental (*medio-fin*), sólo es capaz de percibir la acción en tanto acción fragmentaria (*v.g.*, aparece de nuevo la *lógica del caso*).
- 3) El principio de legalidad clásico limita al poder político jurídico; pero, en tanto este mismo poder político es el generador y monopolizador de la legalidad, la limitación es en su formalidad.
- 4) Las burocracias encargadas de gestionar la legalidad, de cara al sujeto concreto, operan según el esquema *crimen-castigo* y hacen abstracción de la complejidad de la acción y sus efectos.

Por consiguiente, las burocracias gestonarias, sean estatales o privadas, con la postulación *exclusivamente* formalista del principio de legalidad, se desentienden de los efectos materiales que una aplicación *rigorista* o *legalista* produce; lo que es peor, esta actitud ha alcanzado también a la teoría jurídica, o, más bien, ¿será acaso que ha sido generado por esta particular teoría jurídica?

V. De algunas expresiones del principio de legalidad y de cómo se invierten en tiempos de la *absolutización* del mercado

El pensamiento jurídico decimonónico se hizo eco de la escisión de lo jurídico en *público* y *privado*,²⁹³ por consiguiente, proyectó el principio de legalidad sobre una realidad fragmentada. Asimismo, como parte del cientificismo en boga, adoptó una *racionalidad instrumental*, igualmente fragmentaria, que solo atendía las relaciones *medio-fin*. No es de olvidar que es el *tiempo* en que también se impone la economía neoclásica, que poco menos que proscribía una comprensión del sujeto como sujeto necesitado y se inscribe en la lógica del “fetichismo de la mercancía” (Marx), desentendiéndose de los efectos indirectos de la acción.

En ese contexto, el principio de legalidad adquiere diversas expresiones según la materia de la que se trate: “derecho público” o “derecho privado”, de las cuales solo presento algún rasgo relevante.

²⁹³ Para abundar en lo dicho sobre la separación público//privado, nuestra crítica en este punto va en el sentido de que el derecho se haya hecho eco de esa distinción, siendo como es “*genéticamente*” público (que es otra forma de decir *político*) y está sometido a las reglas básicas de la constitución del campo jurídico, según lo ha señalado Pierre Bourdieu, 2001.

En el derecho privado “todo aquello que no esté prohibido está permitido”

En el ámbito de la acción de los sujetos de “derecho privado”, con el predominio del principio de la autonomía individual, el principio de legalidad clásico se expresa como la licitud de todo aquello que no esté expresamente prohibido. Que esto ha supuesto, y todavía hoy supone, para los sujetos humanos concretos, una garantía en su libre accionar no cabe duda; pero no debemos olvidar dos cuestiones de no poca importancia:

- 1) El contexto en el que el principio de legalidad ha sido implementado es el de (el mismo diseño original estaba orientado hacia) una política de “ciudadanía”, lo cual ya significa un estrechamiento de su ámbito de significación.
- 2) El *sujeto* no limitado por prohibiciones expresas de que trata el principio es, en última instancia, un *sujeto abstracto*. Por virtud del principio de igualdad ilustrado (Barcellona, 1996: 51 ss.), que tiene una deriva igualmente formalista, los sujetos (abstractos) tienen igualdad de condiciones toda vez que se hace abstracción de sus necesidades y se saca, tanto a los sujetos como a la acción que busca satisfacer sus necesidades ajustados al principio de legalidad, de su marco de posibilidad y factibilidad. En definitiva, ese sujeto abstracto es, por antonomasia, la *empresa*.²⁹⁴

§ 29. En la perspectiva kelseniana, sujetos de “derecho privado” son tanto los sujetos humanos, cuerpos hablantes concretos, cuanto las empresas, aún las multinacionales, esto así toda vez que se habla de “persona jurídica” (Kelsen, 1988: 109-128), que es una categoría *exclusivamente* normativa, de carácter abstracto (formal y materialmente hablando).

Esto resulta del todo sospechoso, habida cuenta de que el *centralismo* (Legendre) se constituye ahí donde el principio de autoridad funciona y, actualmente, es innegable que éste no reside precisamente en los sujetos humanos concretos. Luego, no es de extrañar que actualmente todo el derecho privado esté siendo barrido por los intereses de las empresas.

Entonces, en tiempos de la *absolutización del mercado capitalista*, la limitación que supone el principio de legalidad será, sobre todo, limitación del Estado para que no ponga cortapisas a estas empresas en su accionar, lo cual *a priori* es considerado lícito. Es decir, todo el tinglado sólo da para un poco más que la versión jurídica del viejo “*laissez faire*”.

Esto puede arrojar alguna luz al hecho de que actualmente los sujetos humanos concretos, relacionales, no pueden plantear reclamos contra la *acción legal* de las empresas aún cuando estas produzcan *efectos indirectos* nocivos, pues el Estado, que sería el destinatario y componedor de tales reclamos, se encuentra de esta manera atado. Decimos *acción legal*, pues en la visión del paleopositivista principio de legalidad, sólo se atiende la formalidad de tal acción, es decir, que no esté expresamente prohibida en una ley, formalmente

²⁹⁴ Toda la ideología del *homo oeconomicus* no puede ocultar el hecho de que es una ficción, y lo que realmente está detrás es la empresa privada capitalista, hoy de orden transnacional.

promulgada y vigente; por ende, la responsabilidad que se puede establecer en virtud de ese principio es sólo la “responsabilidad” por los *efectos directos* de la acción (medio-fin) y en la medida que estos puedan ser previstos en un “cálculo”. De esta forma, en principio, en el marco del Estado de derecho los sujetos sólo responden por esos efectos directos, y todo el espacio de los *efectos indirectos*, aunque sean *lesivos*,²⁹⁵ en la medida que no pueden ser previstos mediante el cálculo (eficientismo de la acción medio-fin) no son comprendidos en el *juicio por responsabilidad*.²⁹⁶ En fin, el principio que surgió en la imaginación ilustrada como defensa frente al poder regio, el poder absoluto, está siendo escamoteado a los sujetos humanos concretos por un poder que no es regio, pero si se pretende absoluto: el poder de las *burocracias privadas*,²⁹⁷ contra el cual el clásico principio de legalidad no se puede oponer de manera efectiva, pues éstas lo reclaman y postulan como propio.

En el derecho público

En el ámbito de la acción de los sujetos de “derecho público” (típicamente el estado y sus órganos), puesto que el principio de legalidad estaba diseñado para frenar las tendencias despóticas del poder, es donde éste adquiere sus mayores variantes.

Como legalidad administrativa, “el ente público sólo puede hacer aquello que le esté expresamente ordenado”.

Con la implementación del denominado “Estado de derecho” el principio de legalidad va a ser postulado en forma irrestricta como el paradigma de control y conocimiento de

²⁹⁵ Por ejemplo, en virtud de la “libertad de empresa” y de la forma que éstas utilizan en su favor (invierten) el principio de legalidad, se puede llegar a situaciones aberrantes como el impacto que produce en la niñez y la juventud el libre trasiego y transmisión de pornografía a través de los *mass media* mientras no haya una legislación específica que las constriña a controlarlo; el impacto en términos de deterioro ambiental que genera la producción masiva de artefactos contaminantes, mientras se “discuten” los problemas de costos y rentabilidad de una conversión “industrial sustentable”, o la utilización de pesticidas en la agricultura a gran escala para aumentar la eficiencia productiva, aunque esté en contradicción con los principios de *seguridad alimentaria* y *sustentabilidad ambiental*, etc.

²⁹⁶ Evidentemente, aquí no estoy abogando por la ampliación de los márgenes de la represión penal, sino que entiendo una responsabilidad *otra* (no penal), que entregue vías para el reconocimiento de los seres humanos como sujetos dignos, auto-inter-responsables y en convivencia pacífica.

²⁹⁷ Sobre el desplazamiento de la burocracia estatal por las burocracias privadas, véase “La economía en el proceso actual de globalización y los derechos humanos” en Hinkelammert, coord., 1999: 239-249.

las actuaciones y definiciones de los aparatos del poder;²⁹⁸ además, como la base que generaba una legitimación²⁹⁹ a la existencia de esos mismos aparatos.

Como he señalado atrás, el diseño clásico del principio de legalidad era operativo en la esfera de “lo público” (control de los órganos estatales). Por esto ha resultado insuficiente para evitar –en lenguaje kelseniano– las *interferencias* (en muchos casos, verdaderos despliegues de fuerza) en los intereses de los sujetos humanos concretos (ya no propietarios abstractos, sino cuerpos hablantes) *no expresamente prohibidas* por parte de los poderes de las burocracias privadas (empresas), pues, en virtud de la racionalidad económica imperante (la lógica del mercado capitalista) estas diluyen su responsabilidad hasta el punto de no comprender los efectos indirectos de su acción.

Por otra parte, frente a las mismas instancias de las burocracias estatales, todo aquello que se salga de los estrictos términos de una *aplicación legalista* de su mandato, aún a costa de no cumplirlo, deja de ser realizado.³⁰⁰ Entonces, por la vía del *rigorismo de la ley*, con el principio de legalidad paleopositivista solo obtenemos la *negación* de la acción estatal. Esto explica en parte por qué con ese clásico principio de legalidad no se ha podido garantizar ni posibilitar un *cause* para las demandas por (realización de acciones conforme a) derechos humanos; lo más a lo que se ha llegado –que ciertamente no es poco– ha sido a la configuración de un sistema solo en lo que hace a las garantías civiles y políticas; esto, en contextos de injusticia social, puede resultar precario y groseramente insuficiente. De ahí que esa legalidad de la tradición liberal debe ser reformulada o, de lo contrario, pervivirá simplemente como otra forma de opresión.

²⁹⁸ Como ha apuntado Eligio Resta: “Todo esto se vincula con la forma de “racionalidad” incluida en el proyecto jurídico moderno, en el cual es la fuerza de la legalidad la que enmarca y determina cada mecanismo de legitimación: la *Positivierung*, se describía a sí misma como limitación del poder soberano y ampliaba al mismo tiempo de manera desmesurada la posibilidad de decidir leyes” (1986: 141 –los énfasis son del original).

²⁹⁹ Para abundando en lo que he apuntado sobre la inversión del discurso jurídico como discurso de legitimación, respecto al principio de legalidad en específico, dice Alessandro Baratta: “No obstante ... [los] signos de debilidad de la legalidad respecto de las exigencias del poder, en el moderno Estado de derecho dicho poder sigue encontrando en el principio de legalidad el fundamento ideológico de su propia legitimación .../ El principio de legalidad ... se manifiesta especialmente como una instancia ideológica de legitimación y no siempre como un principio real de funcionamiento efectivo del sistema ...” (1986: 81).

³⁰⁰ Una forma realmente aberrante de esta situación fueron las “*leyes de obediencia debida*”, que en sus diversas variantes, se produjeron en las así llamadas transiciones a la democracia, en los países latinoamericanos.

*Como legalidad penal “ nullum crimen sine lege”
y procesal penal “ nulla poena sine iudicio”*

Del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (principio de legalidad en materia penal) se ha derivado aquel otro que afirma *nulla poena, sine iudicio* (principio del debido proceso); este último asegura que el poder represivo sólo podrá ser aplicado si media un proceso debidamente regulado de antemano y, en el mejor de los casos, con plenas garantías para el ejercicio de la defensa del imputado, por una parte, y de la consecución de la verdad por otra, todo acorde con la pretensión reguladora del Estado de derecho.

La pena es la manifestación del poder político jurídico centralizado (el Estado)³⁰¹ el cual, por una parte, se entiende agredido o lesionado por la comisión de acciones que ha declarado como *delito* y, por otra parte, está condicionado por una exigencia de racionalización³⁰² de sus mecanismos. En ese sentido, la pena no puede ser más que el resultado de una serie de procedimientos previamente establecidos, por ende, la pena es la forma moderna y racional que adquirió el ejercicio del poder. De ahí que en la práctica de muchos operadores jurídicos se provoque la inversión del principio en cuestión, de manera que podría decirse *nullo iudicio, sine poena*. Es decir, si desde una racionalidad eficientista la legitimidad de un procedimiento se mide por la obtención de sus propósitos, entonces, el procedimiento en cuestión sólo se explica y legitima en la medida que lleve a la pena como su resultado *típico*. Si es lo contrario y no se llega a la pena, en cierta medida, el proceso viene considerado como defectuoso, ya que no llevó a su resultado típico, por ende, no muestra la cara racionalizada del ejercicio de este poder. Todavía más, en una perspectiva casi ingenua,

³⁰¹ Sobre esta filiación estatalista de la pena, ha dicho Julio Maier: “En efecto, Derecho penal como forma de control social directo, mediante amenazas y ejecución de violencia extrema (muerte, penas corporales, encierro) contra la libertad natural de disposición del ser humano, por parte de la organización social (poder político), sin necesidad de excitación extraña a ella (de oficio), sólo existe desde la creación del Estado, esto es, desde el reemplazo de las organizaciones políticas locales y participativas por un poder político central, respecto del cual los habitantes se hallan en una relación de subordinación” (1992: 131).

³⁰² Esa racionalización que hemos visto como el signo de todo el derecho moderno. Al respecto, para enfatizar lo que he señalado acerca de la prevalencia del imaginario penal en el derecho moderno, Foucault ha señalado: “El principio fundamental del sistema teórico de la ley penal definido por estos autores [Beccaria, Bentham, Brissot] es que el crimen, en el sentido penal del término o, más técnicamente, la infracción [el delito], no ha de tener en adelante relación alguna con la falta moral o religiosa. La falta es una infracción a la ley natural, a la ley religiosa, a la ley moral; por el contrario, el crimen o la infracción penal es la ruptura con la ley, ley civil explícitamente establecida en el seno de una sociedad por el lado legislativo del poder político. Para que haya infracción es preciso que haya también un poder político, una ley, y que esa ley haya sido efectivamente formulada. Antes de la existencia de la ley no puede haber infracción. Según estos teóricos, sólo pueden sufrir penalidades las conductas efectivamente definidas como reprimibles por la ley” (Foucault, 1984: 92-93).

podríamos considerar que, si no ha habido imposición de una pena habrá sido porque hay un espacio de actividades fuera del control inmediato del poder punitivo, lo cual parecería que deja abierto el sistema penal; pero, lo cierto es que con el procesamiento mismo ya se ha provocado un grado de *criminalización* suficiente para controlar a la persona imputada de por vida.

Sobre la hiperinflación legislativa

Otra expresión de la quiebra del principio de legalidad clásico, aunque no sea una forma de inversión ideológica en estricto sentido, pero que da cuenta del contexto en que esta se genera, resulta del hecho de que si el poder debía subordinar su actuación al dictado de la disposición legislativa, pero a la vez monopolizaba la función legisladora, entonces, su reacción fue la de aumentar el número de instrumentos normativos (leyes, decretos, directrices administrativas, etc.), ampliando así los ámbitos de regulación normativa, hasta casi asfixiar todo posible espacio de la vida, pública y privada. Es decir, como la otra cara de la formulación del principio en el derecho privado (“todo lo que no está prohibido está permitido”), dado el carácter convencional del derecho, que en la óptica de los poderes de excepción (“soberanos” –Agamben, 1998) se entiende como la absoluta disponibilidad de todos los espacios de la vida para su ejercicio, se desató una tendencia hacia la hiperinflación normativa. El sello de la aberración está en que esto ha sucedido, normalmente, en tiempos de discursos minimalistas o antiestatistas. Así, por ejemplo, en América Latina se han vivido cíclicamente procesos de *decretalización*, como los llamaría el profesor Raúl Zaffaroni, quien ha dicho:

“Por efecto de las leyes delegadas en los estados de excepción y también por el constante avance de los poderes administradores que, incluso fuera de esos estados de emergencia, tienden a legislar por decreto cuestiones de clara competencia parlamentaria, aunado a la endeblez política de la jurisdicción y a su dependencia y pauperismo, puede afirmarse que en América Latina el estado de derecho “legal” tiende a degradarse en estado de derecho “decretal” o de “bandos”, con algunas aisladas excepciones, como Costa Rica. Sea esto dicho con la salvedad de que no estamos muy seguros acerca de si un Estado “decretal” o de “bandos” puede ser muy Estado de “derecho.” (1992: 11 –las cursivas son del original).

O como lo describe el mismo Ferrajoli:

“Tal crisis [*del derecho*] se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una

legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción” (1999: 16).

En general, en tiempos de imposición de las estrategias neoliberales, del “estado mínimo” (que en realidad es *mínimo* como estado social, pero *máximo* como estado policial y castrense), aparentemente superados los periodos de excepción, la hiperinflación legislativa, particularmente en lo que se refiere a regulaciones penales, es una cuestión a la orden del día. En ese sentido, por ejemplo, las amenazas globales que han emergido a la conciencia mundial (crisis de la exclusión de la población, socavamiento de las relaciones sociales y deterioro del medio ambiente) son, en la mayoría de los casos, *falsamente* enfrentadas con medidas de tipo penal (leyes de extranjería, delitos ecológicos, etc.), que dejan ocultas sus causas reales. Por consiguiente, lo único que se muestra con esto es como, sin necesidad de variar los postulados del simple “Estado de derecho liberal”, el poder puede servirse de ellos, y en efecto lo hace, constituyéndose, con no poco interés y esfuerzo, en su *defensor* exclusivista, procurando que nada cambie (función dogmática – Legendre).

VI. De algunas alternativas para enfrentar la inversión del principio de legalidad

En lo expuesto he intentado sacar a la luz algunas de las rutas por las que se opera la inversión ideológica del clásico principio de legalidad, así como las particularidades que adquiere en el contexto de la absolutización de los mercados de las economías capitalistas globalizadas, esbozando unas claves para la crítica. Asimismo, he hecho salvedad de cómo, al menos en la parte que éste principio no colisiona con el modelo del estado burgués y las economías de mercado capitalista, su postulación, particularmente en lo que ha significado el avance del Estado de derecho, ha servido para limitar las arbitrariedades del poder. Por esto, intentaré ahora esbozar algunas vías para enfrentar esa inversión y recuperar el principio de legalidad.

La duda y la crítica de la ley

La *duda* y la *crítica* son formas de enfrentar el problema de la inversión ideológica de las normas particulares, también de los discursos generales, como el de derechos humanos. Hasta el momento he dicho, por una parte, que el carácter coercitivo del derecho se expresa a través de la reduplicación normativa y, por otra parte, que todavía confío en que el derecho puede ser una técnica pertinente a los fines de encontrar soluciones a algunos de los problemas que la conflictividad en la convivencia social provoca. Sin embargo, tenemos que *hacernos cargo* y enfrentar la inversión que conlleva esta técnica social.

En ese sentido, el problema no estriba esencialmente en la reduplicación normativa, sino en la *clave de lectura* de ésta. El esquema *crimen-castigo* opera como un *dispositivo discursivo* que interfiere y condiciona la lectura (interpretación) de la reduplicación normativa. Más atrás he descrito el esquema de la estructura de la norma; en ese punto cuestioné el hecho de que “S” sea siempre leído o interpretado como *castigo*. Mas esto no puede no ser así si ese dispositivo está instalado, como clave de lectura, en el imaginario de quienes operan el derecho, cuya formación (por señalar sólo uno de los factores intervinientes), desarrollada en un contexto hermenéutico todavía anclado en una visión atávica, ha estado marcada por el dogmatismo y la ilusión de la neutralidad de la técnica que operan y la autonomía del derecho o, de otro modo, la convicción sin fisuras en la supremacía del *texto viviente* (la *Ley*)

“... como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento...” (Zagrebelsky, 1997: 24).

En la línea del principio de secularización³⁰³ no basta con llegar a una concepción *convencional* del derecho (la *artificialidad del derecho* de la que habla Ferrajoli), también es necesario transformar y superar sus *claves de lectura* (hermenéutica). Para ser consecuente, entonces, tales claves de lectura deberían ser discutidas, pero es lo cierto que han estado invisibilizadas y no han estado en la reflexión jurídica mayoritaria. Es decir, no basta sólo la reflexión sobre el objeto jurídico y su *carácter* (que ha sido el aporte del positivismo legal), sino sobre las formas de comprender ese objeto o los marcos categoriales desde los cuales se comprende, las *claves de lectura* operantes y la forma en que éstas afectan la experiencia jurídica. De esta manera, quien opera con el derecho verá su subjetividad concreta (históricamente situada, que desvela el hecho de su propia exclusión y anulación, de su subjetividad negada) incorporada como la medida de la *reflexividad* sobre lo jurídico.

En este punto hacen su aparición la *duda* y la *crítica* de la ley: la *duda*, porque quien opera con el derecho se sabe *sujeto contingente*, cuya acción es falible y, por tanto, cualquier predicación sobre la realidad que efectúe no podrá hacerla de manera absoluta; la *crítica*, porque desde el desvelamiento de la negación de su propia subjetividad, y de cualquier

³⁰³ Adscribiéndose al garantismo penal, Salo de Carvalho pasa revista a los efectos del “principio de secularización” en la aplicación de la pena (en De Carvalho & De Carvalho, 2001), con lo cual comparto un mismo borde de aspiraciones (Foucault). Sin embargo, no soy tan optimista respecto a que, en el contexto actual, *de suyo*, ese mismo principio esté teniendo eco, al menos en las esferas de decisión reales y más allá del problema de la pena. Al contrario, considero que debemos *radicalizar* (ir a la raíz) el proceso para converger con la línea de la secularización, que ha sido hartamente extrañada de la cultura jurídica actual.

subjetividad concreta, por las exigencias sacrificiales del *texto viviente* (la ley), la interpelará como forma de enfrentar la sacrificialidad intrínseca de esta. Esto facilitaría desbloquear las posibilidades de realizar derechos humanos como *modos de vida* que entren a constituir un *proyecto de vida*. Además, el enfrentamiento de la inversión ideológica del *principio de legalidad* radica en el intento de *apertura* (esta *apertura* concierne a los niveles epistemológico, metodológico y axiológico) del *campo* en el que se inscribe el propio principio, lo cual puede ensayarse desde las perspectivas de la *democracia* y la *justicia*.

En la senda de la propuesta garantista...

En ese sentido, no obstante que *comparto un mismo borde de aspiraciones*, me parece advertir que la postulación del “principio de estricta legalidad” (Ferrajoli), por parte del garantismo, si bien ejerce la crítica del formalismo del “paleopositivista principio de legalidad”, no pasa por visibilizar la inversión ideológica a la que está afectado el mismo principio; luego, tampoco hace la crítica de esa inversión. Esto puede tener consecuencias gravosas pues, desde una perspectiva histórica, si no enfrentamos las (*sin*-) *razones* de un conflicto, éstas, más tarde o más temprano, vuelven a operar. Con esto no quiero decir que la conflictividad se va a eliminar o quedará abolida,³⁰⁴ pero sí que es posible *imaginar* y poner a funcionar unas *alertas* (v.g., como *alertas epistemológicas*) para enfrentarla.

Lo que efectivamente hace el garantismo es enfrentar tanto el catastrofismo cínico de los vates de la *crisis del derecho* y *crisis de la razón jurídica*, cuanto los efectos perversos del denominado *paleopositivista principio de legalidad*, y diseña algunas posibles alertas. En ese sentido es que entiendo –y comparto– que se reivindique el *principio de estricta legalidad* como *modelo regulativo* (Ferrajoli, 1995: 94-97) del Estado constitucional garantista de derecho. Para estos efectos, Ferrajoli establece una distinción entre *mera legalidad* (formal) y *estricta legalidad* (correspondencia con un *núcleo axiológico duro*: derechos humanos y garantías fundamentales),³⁰⁵ como las formas y condiciones que adquieren las actuaciones de los órganos estatales, de lo cual derivan su validez y legitimidad (o legitimidad formal y sustancial, respectivamente). Advierte, además, que el juicio respecto de una norma debe contemplar y satisfacer ambas caras para poder ser considerado legítimo. En otras palabras –y ninguna más clara que las suyas–, teniendo en cuenta la dimensión penal, Ferrajoli dice:

³⁰⁴ Este afán abolicionista, que no repara en la necesidad de las mediaciones (lo cual no implica la necesidad de *unas* mediaciones específicas) es, con mucho, el error de los utopismos de cualquier signo.

³⁰⁵ Con la inclusión de las *garantías fundamentales* en el discurso del derecho, éste “... ya no es sólo... un instrumento de poder. Es también un instrumento de limitación de su ejercicio, más o menos eficaz en función de factores que tienen que ver directamente con lo extrajurídico, con el grado de desarrollo de la conciencia social, con la calidad y la riqueza de la vida civil” (Andrés Ibañez, 1988: 135).

“Mientras el axioma de *mera legalidad* se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de *estricta legalidad* exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada. De ahí se sigue (...) un distinto papel de los dos principios y una distinta estructura normativa del sistema legal exigida por ellos: la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes” (Ferrajoli, 1995: 95 –las cursivas son del original).

Asimismo, con la postulación del *principio de estricta legalidad*, también se transforma la concepción del simple Estado de derecho que deviene “Estado constitucional garantista de derecho”.³⁰⁶ No obstante, cabe terciar que, conforme a lo visto, para la mayoría de la comunidad jurídica y de la doctrina jurídica, “estado de derecho” sí ha designado “simplemente ‘estado legal’ o ‘regulado por la ley’”. Que la profunda corrección que propone el garantismo es, ante todo, una *tarea* por realizar, más que “un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones”. Advierto esto ante todo por celo de *realismo* frente a esta o cualquier otra *pro-puesta*.

³⁰⁶ De esta forma, Ferrajoli sostiene: “El término ‘estado de derecho’ ... designa no simplemente un ‘estado legal’ o ‘regulado por la ley’, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público –legislativo, judicial y administrativo– está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial” (Ferrajoli, 1995: 855-857).

CAPÍTULO SÉPTIMO

(IN)CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS: HACIA UNA PROPUESTA DE CONVERGENCIA

Donde se hace una *pausa* para el *balance* sobre el camino recorrido y se piensa en las rutas alternativas posibles a seguir

“¿Cómo se lleva a cabo? Ésta es la única pregunta válida. Pero hemos querido solamente darle al lector atento algunas claves que permiten entreabrir la pesada puerta de este camino. Que sepa que ningún comentario podría llevar más allá la apertura de esta entrada, pesada e incómoda. Porque el verdadero nombre de este umbral es *ambigüedad*, y en él la trascendencia no se deja percibir sino en las palabras que la traicionan al esforzarse por traducirla. No podíamos ayudar al lector más que indicándole ciertos obstáculos con los que yo mismo me debato desde hace veinte años”

Jacques Rolland

Como dije desde un inicio, este apartado no es una “conclusión” en sentido tradicional, pues no sólo no pretendo dar por terminada esta investigación, ni doy por satisfechas mis inquietudes intelectuales, sino –esto es lo más importante– los problemas que aquí he abordado (los esbozos de reconstrucción genealógica del derecho moderno y su ciencia; la elucidación de obstáculos epistemológicos; la denuncia de las derivas legitimistas y esclerotizadas de notables aportes de la Teoría general del derecho; el discernimiento de vías posibles para superar la *crisis*, y tantas y tantas otras cuestiones) quedan –por decir lo menos– abiertas al análisis, a la re-visión, a la re-formulación, a la corrección. Por eso, ahora se trata de hacer una *pausa*: pausa para dejar reposar estas ideas y que vayan adquiriendo el *buqué* que pueden dar de sí; pausa para escuchar a los interlocutores e interlocutaras esa devolución necesaria para que una idea, un proyecto, una acción, prosperen; pausa para retomar otros cauces en la acción cotidiana; pausa simplemente por la oportunidad de hacerla.

Mas también se trata de ver las *perspectivas* que, llegados a este *límite*, se abren ante nuestra mirada atenta. Son perspectivas muchas de las ideas que he ido desgranando a lo largo de este camino, algunas de las cuales pueden empezar su recorrido casi de inmediato, otras ya tienen alguna trayectoria, y las hay –quizá las más– que deban esperar otro (su) momento oportuno (*kairós*). Por eso este es ejercicio de esperanza y confrontación

con todas aquellas voces, catastrofistas unas, cínicas las otras, indiferentes la mayoría, que dicen que “no hay salida”, que “hemos llegado a tope”, que “se terminaron todas las alternativas”.

En esta especie de balance intentaré, en primer lugar, sintetizar esos *materiales* desperdigados y, en segundo lugar, *pro-poner* los *pasajes* posibles para la transición paradigmática que afrontamos. Todo esto presidido por la *thesis peregrini* (Orestano, 1997: 481) –nunca mejor dicho– de que, aún cuando hay múltiples caminos y este es uno cuya ruta no está determinada específicamente, derechos humanos son tanto el *meollo central* de *lo jurídico* cuanto la clave para la construcción de una nueva teoría jurídica; es decir, son el pivote central sobre el cual se *podría* (también se *debería*) construir la (nueva) *región epistemológica* sobre lo jurídico o, más *radical* aún, están llamados a ocupar la centralidad de la formación socio cultural que surja de esta transformación paradigmática, si es que no abdicamos de *hacernos cargo* de esta oportunidad histórica: para la dignidad, la libertad, la solidaridad, para que no haya uno, ni dos, ni tres que se queden en el camino, sino que todos y todas caminemos juntos (Pol Vuh).

A. Materiales del camino

En esta especie de recolección de materiales dispersos, no hay una disposición por orden de importancia, ni su lectura impone una secuencia inamovible, sino que permiten la permanente recomposición de todo el camino.

I. La historia del derecho y su ciencia puede mostrar, de manera privilegiada, el equilibrio siempre “tensionado” (Etxebarria, 1997) entre “regulación y emancipación” (Santos, 2003), entre orden y utopía, entre libertad e igualdad, entre estabilidad y cambio, entre universalismo y particularismo, entre monismo y pluralismo. Por consiguiente, la reflexión que tuviera la pretensión de decir una palabra inteligente sobre este *equilibrio tensional*, que siempre describe paradojas, debería estar *abierta* a ese carácter de sus materiales básicos y no pretender cerrarse en sistemas discretos, de racionalidades unilaterales. Es decir, requiere una *razón* permeable, consciente de su radical contingencia, por ende, sometida a revisión permanente. Esta intuición presente en la visión de la Ilustración (en su composición más amplia), aunque fuera de manera marginal y quizá no del todo comprendida, fue sometida, recortada y reducida, en los dos siglos posteriores (siglos XIX-XX), en nombre de la *razón de estado* y según la lógica del capital, en el fondo, para cerrar el paso de las nuevas emancipaciones que pugnaban por compartir el espacio social *conquistado* por la burguesía y su reivindicación de modernidad. En definitiva, que la convergencia *modernidad–capitalismo* haya llevado a una reducción reguladora del derecho, es un *resultado inevitable* de la colonización y funcionalización que de la modernidad ha operado el capitalismo, como bien lo

ha denunciado toda una tradición crítica. Pero que sea *inevitable* no supone que sea *necesaria*; es decir, ese resultado es producto de una particular lógica de articulación de esos dos procesos, de un cauce de acción también optado en un momento dado, mas no hay nada que constriña a seguir ese rumbo. Por eso, en una perspectiva coherente con los principios que están en la base del proceso de la modernidad (principio de secularización y principio democrático), debemos romper el tabú de “la fuerza compulsiva de los hechos” (Hinkelammert), someter a una crítica *radical* (en sus raíces) todo el camino recorrido. En ese sentido, he dicho que mi crítica a la modernidad no es una crítica (a la modernidad) *sin más*; asimismo, que la tarea es des-anudar lo anudado, des-andar lo andado, des-pensar lo pensado para, así, poder re-construir alternativas posibles.

- II.** La relación de causalidad, que se establece en función de la igualdad entre causa y efecto, en un espacio homogéneo e isótropo (de Galileo a Newton), en un primer momento sirvió de antecedente o de modelo para la elaboración de la relación normativa. Pero, ¿qué pasa en un momento en que el espacio vuelve a ser heterogéneo, pero ya no en el sentido aristotélico como *universo*, sino como *pluri-verso*? En el campo jurídico, la precisión o corrección que introduce Kelsen en este modelo es respecto del vínculo entre los componentes de la relación normativa: el hecho y el efecto (“supuesto-prestación-sanción” –Hernández Gil). De esta forma, pasamos de la consideración de un vínculo *necesario*, propio de la causalidad natural, a un vínculo convencional, de *imputación*, que se asumirá en adelante como propio de los juicios normativos. Media en esto la reflexión y recepción de la ley de Hume en el imaginario kelseniano. Pero, hoy día se han superado las visiones de la mecánica clásica y se introducen nuevos conceptos como la *entropía*, la *sinergia* y el *principio de incertidumbre*; la polémica entre necesidad y azar ha tenido notorios replanteamientos (Monod, 1971; Ellacuría, 1990), al punto de que en la causalidad natural no se habla más de “necesidad” por la distinción entre “inevitabilidad” y “necesidad” y su vinculación con el “azar”, y en el ámbito de las relaciones normativas el vínculo bien puede ser considerado necesario, lo cual abre grandes posibilidades para la postulación de una *ética necesaria* basada en la producción, reproducción y desarrollo de la vida como *criterio* y *principio* para la acción.
- III.** Una *ética necesaria*, en la línea de la *racionalidad reproductiva* (Hinkelammert), disuelve el abismo entre *ser* y *deber ser* (de esta forma, no se niega la ley de Hume, sino que se *reubica* la proscripción de la falacia naturalista), pues su postulación es a partir de un *juicio de existencia*, pues para poder postular cualquier ética el sujeto que lo haga debe, en primera instancia, vivir; luego, la postulación de la vida apa-

rece como el juicio básico necesario –su *condición de posibilidad*– que sustenta cualquier ética. Se trata, por tanto, de un modo de argumentar *por fundamentación*, no por derivación lógico constrictiva (Dussel, 1998). Un aspecto sumamente relevante de esto es que el enunciador de ese juicio de existencia es el sujeto humano vivo mismo, desde su contingencia, con lo cual esa racionalidad reproductiva y la ética conexas no derivan de ninguna instancia trascendental³⁰⁷ o enunciador absoluto; por ello no se cierran, no tienen ninguna suerte de *dispositivo de clausura* que las lleve a desembocar en absolutizaciones dogmáticas.

- IV.** Superando posiciones iusnaturalistas de tipo esencialista, ¿acaso ese deber ético, vinculado a la acción humana, por ende, a la *praxis* concreta, histórica, no estaría llamado a operar como criterio material y principio material también para el derecho? El deber de la norma es *in-necesario*, sólo surge por efecto normativo. Pero hay un deber más amplio: el *deber vivir* (ética necesaria), que es *necesario* incluso para poder tener deberes. La forma “norma jurídica” resulta entonces superada. Luego no podemos pensar derechos humanos en términos de norma jurídica, y no es seguro que si nos quedamos anclados en este paradigma normativista podamos reconvertir la norma para pensarla en términos de derechos humanos. Por otra parte, ¿seguiremos sometiendo siempre los hechos al examen y medida del efecto? ¿Qué pasa con efectos previstos que son superados por los hechos? Las nuevas tecnologías, las nuevas formas de organización societal (nuevos movimientos sociales; nuevas formas de organización familiar; las transformaciones en el mundo del trabajo, que son eso, transformaciones del mundo del trabajo por el conocimiento y la tecnología y no superación del trabajo por el conocimiento, como gustan decir los postmodernos), las nuevas concepciones sobre el espacio-tiempo y las prácticas que generan, entre otros aspectos, son cuestiones frente a las cuales la razón jurídica está perpleja porque está enclavada en un modelo epistemológico específico. ¿Nos resignaremos entonces a continuar con “el desperdicio de la experiencia”, para utilizar la expresión del profesor Santos, 2003? ¿Es necesario una nueva forma de pensar el derecho o nos basta con lo que tenemos? ¿Revolución científica (Kuhn) también en el derecho y la ciencia jurídica o simplemente paliativos para las anomalías que no son susceptibles de ser comprendidas en el esquema normativo?
- V.** En la formulación francesa de la *Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano* nos encontramos con sesgos de tipo: **(a)** étnico-particularista, pues en definitiva iba dirigida a los ciudadanos franceses; **(b)** crematístico, pues tales ciudadanos lo

³⁰⁷ Lo “trascendental” sólo es el proceso por el cual el sujeto vivo (cognoscente-actuante-relacional-práctico) categoriza.

eran sólo por virtud de sus riquezas ostensibles (burguesía); (c) patriarcal, pues excluía abiertamente a las mujeres de tales consideraciones. Entre estas tendencias hay una relación de recíprocas reconducciones, primándose una sobre las otras en diversos espacios. Ergo, evidentemente hay una abstracción del sujeto, pues se trata de un sujeto universalista, diferenciado de los humanos y las humanas, cuerpos vivientes concretos. Esto en un nivel del análisis. Pero admitido todo eso, podemos ver que al fin y al cabo se estaban refiriendo a una base concreta: los varones franceses con cierto nivel cultural o escolar o con rentas propias. Pero ahí mismo localizamos el *germen* de su inversión ideológica posterior, en el hecho de que lo que cualificaba para ser sujeto de derecho no era la condición de humano, sino de su *posición* respecto de los medios de producción. Por consiguiente, la protección final terminará siendo para una particular estructura económica.

- VI.** En el derecho moderno, por sucesivas abstracciones, hay un *desplazamiento*³⁰⁸ en la figura del sujeto: del hombre (es el *tiempo* de la razón patriarcal) al ciudadano (que es el *buen burgués*) y de éste a la *persona jurídica* como *centro de imputación de derechos y deberes*, o bien, como capaz de acordar y comprometerse contractualmente. Detrás está la ficción voluntarista-idealista de la autonomía de la voluntad, que es el sello del individualismo burgués finalmente hegemónico. En ese sentido, para una investigación sobre la conformación del discurso sobre la ciudadanía y los derechos a ella adscritos, habría que seguir tanto la línea de la reflexión filosófico-política del contrato social, cuanto la versión de la economía clásica y neoclásica sobre el contrato como mecanismo para el intercambio de bienes en el mercado, y elucidar las formas en que se entrecruzan ambas líneas.
- VII.** Siguiendo la senda del mecanicismo racionalista, la norma *articula* principios (valores) con sanciones (penas). Como he señalado, los valores no son independientes o autónomos, sino que adhieren a los hechos (que valoramos) y se expresan con las palabras con las cuales nos referimos a esos hechos (valoraciones). Así, la norma describe el pasaje de un hecho, generalizado y abstracto, por ende, de las palabras que utilizamos para referirnos a éste hecho típico (aquí deja

³⁰⁸ Debo advertir que aún cuando hablo de un *desplazamiento* (Orestano, 1997: 433-434) no estoy suponiendo ninguna secuencia cronológica, ni la idea de que nos encontramos ante la pérdida de un *paraíso original* al cual estamos llamados a volver. Este mito del origen, que aparece constantemente en la borrasca postmoderna, contiene entre otras cosas un supuesto esencialista y etnocéntrico muy fuerte, según el cual no es sino en la modernidad occidental, particularmente en la última mitad del siglo XX, que hemos accedido a una conciencia de universalidad y de humanidad, particularmente en lo que hace a derechos humanos.

de tener realidad y se vuelve virtual: un hecho abstracto) que porta valores (valoraciones) con otro hecho (futuro, siempre abstracto) previsible que es la sanción o pena. Siendo esto así, con la elucidación de la inversión ideológica de la norma particular se denuncia esa articulación (que es, evidentemente, una articulación abstracta y convencional), manifestando el carácter opresivo y represivo del *derecho normativizado*, que es la forma exclusiva en que lo admite la teoría general y la filosofía del derecho predominantes. El mismo Ferrajoli ha sostenido la imposibilidad de “sustituir al punto de vista normativo que es, y no puede dejar de ser, el propio de la teoría del derecho” (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 169). Mas ello sería así, *si y solo si*, admitiéramos “foucaultianamente” que siendo las *teorías generales* una invención moderna, que puede ser datada (aproximadamente) a partir de Leibniz pasando por Savigny y la secuela de la Pandectística alemana (Orestano, 1997: 574-577) hasta la culminación en Kelsen, como moderna es esta concepción de norma jurídica, entonces, no pueden separarse y ambas siguen una y la misma suerte. Siendo este el caso, si pretendemos superar (*ir más allá a partir de...*) los límites propios de las formas modernas (teoría general, norma), habría que abandonar ambos aportes. Mas si somos capaces de reconstruir paradigmáticamente la teoría (el proceso de categorización y sus productos, entre ellos las teorías generales), desde marcos de racionalidad alternativos (racionalidad reproductiva), que retoman líneas modernas que han quedado sumergidas, quizá pudiéramos salirnos de esa camisa de fuerza que impone el paradigma iuspositivista y sistematizador de la teoría general imperante.

VIII. Una máxima sapiencial dice: “es de sabios distinguir, pero no separar”. Como es evidente, sostengo la distinción entre ética y moral (pero no la separación), y el postulado de filiación ilustrada de la distinción básica entre derecho y moral. Empero, la racionalidad instrumental, con su lógica constrictiva, que en el imaginario cientificista moderno pretendió agotar toda la racionalidad, impuso a la modernidad la *lógica del fragmento*, es decir, una dinámica de segmentación autista y esquizofrénica de la realidad; así, se separó la economía de la política; el derecho quedó excluido y constituyó casa aparte de la ética; la moral quedó como último refugio del poder religioso. Para los fines del conocimiento, aunque parece un postulado eminentemente gnoseológico, tiene gravísimas connotaciones políticas, también se segmentó la práctica de la teoría: en la primera se dispusieron los saberes y acciones operativas y en la segunda se recargaron los especulativos. Esto explica, entre otras cosas, por qué es tan común la consideración de una axiología separada de las cuestiones prácticas; todavía más, por qué el discurso axiológico se articula abstractamente. En el caso del derecho, el mismo *trialismo jurídico*, por mencionar un intento con pretensiones integradoras, que ve en aquél

un momento fáctico, otro valorativo y otro normativo, lo hace únicamente como abordaje metodológico, pero no lo asume como la realidad sustantiva del derecho (el derecho no tiene realidad sustancial, de ello pueden olvidarse todos los iusnaturalistas, pero en el proceso histórico se constituye como *experiencia jurídica* –Capograssi, 1959– que es lo que lo constituye sustantivamente). Ahora bien, en los términos de la argumentación kelseniana se asume esa *separación* radical entre teoría y práctica, consecuentemente, entre un carácter axiológico (valórico y subjetivo) y otro positivo (normativo y objetivo) del derecho.

- IX.** Estas separaciones, como ha quedado mostrado con la exploración del marco categorial del derecho moderno, constriñe igualmente los trabajos tanto de la Ciencia Jurídica cuanto de la Filosofía del Derecho predominantes, de manera tal que la reflexión jurídica moderna no incluye una diversidad de aspectos relevantes, por ejemplo, que la dimensión axiológica de derechos humanos apunta sólo horizontes de posibilidad(es), por tanto, los valores implicados no son *realizables plenamente* o de un modo *absoluto*, sino que marcan o impulsan una *tendencia* a las acciones que se *conforman* a esos derechos humanos. Luego, esas tendencias deben englobarse en un *proyecto de vida*. Ahora bien, como la dinámica de la vida es expansiva, ninguna de las concreciones alcanzadas puede erigirse en permanente, ni puede reclamar la realización plena de unos derechos humanos. En cambio, sí constituyen campos de posibilidad para una sensibilidad de derechos humanos en la medida en que posibilitan *modos de vida* concretos. Así, el juicio, como juicio racional y práctico, desde una *racionalidad reproductiva*, no es por cuál derecho humano es más importante o superior, sino *si* en función de ese proyecto de vida conviene *intentar* realizar (*en qué forma y en cuál medida*) acciones conforme a derechos humanos.
- X.** Todavía más, si preguntamos por derechos humanos como *modos de vida*, en realidad preguntamos por la existencia (factible) de esos modos de vida. Su conexión con la realidad sociohistórica, es más, su forma de ser una expresión o dimensión de la realidad histórica que se construye según parámetros que posibilitan la producción y reproducción de la vida (humana y no humana), hace de tal juicio un *juicio de existencia*. Es decir, conforme las exigencias de la ciencia y según una racionalidad reproductiva, podemos demostrar *si y en qué medida* existe un determinado modo de vida, que sería lo mismo que apuntar *si y en qué grado* se han realizado acciones conforme a derechos humanos. Luego, hasta aquí tenemos que no se trata de un *juicio de deber ser*. Ahora bien, se nos podría alegar que, entonces, la investigación y preocupación por derechos humanos se convierte, de esta manera, en una investigación que se dedica a contar los muertos, pues ta-

les juicios son, evidentemente, *a posteriori*; y que lo que importa es evitar esas muertes, disponiendo para ello, si es del caso, de los mecanismos institucionales y normativos, que exijan a futuro (carácter prescriptivo) el cumplimiento de derechos humanos. Aquí, los escépticos podrían cantar una victoria, pues nos volveríamos a encontrar, en ese punto, en la misma situación; es decir, dado que puede presentarse una contradicción entre la realización de (acciones conforme a) un derecho y otro derecho, no hay argumentos para sostener *a priori* cual deba ser el superior y preeminente; pero lo cierto es que sí tenemos argumentos o instrumentos para enjuiciar y valorar los cauces de acción tomados, y, a partir de ahí, la posibilidad de corregirlos.

- XI.** A partir de estas consideraciones podemos enfrentar la euforia utopista (idealismo) de los que exigen una realización *absoluta* de unos derechos humanos mediante la afirmación de que derechos humanos, en su aspecto axiológico (deber ser), apuntan a un *horizonte de posibilidad(es)*, nunca realizables, pues lo que se realizan son acciones *conforme a* valores o derechos humanos, y las acciones son siempre parciales, contingentes, como contingentes son las concreciones históricas en que plasman (instituciones, normatividad, etc.). Además, toda acción conforme a derechos humanos y las realizaciones históricas que instituyen se realizan en el marco de unas *condiciones materiales de posibilidad* y en la *trama de relaciones* que la sustentan y dan *densidad cultural*; por consiguiente, deben ser confrontadas con el *proyecto de vida* (totalidad) que las trasciende y engloba.
- XII.** También encontramos argumentos para enfrentar el pesimismo de los escépticos, emotivistas, etc. Ante éstos debemos reconocer que desde una visión interna y particularista de derechos humanos no podemos encontrar una razón de peso a favor de un derecho u otro; pero esto es así sólo a cuenta de que se considere cada derecho humano en particular (así en la visión de un tosco liberalismo individualista), desvinculado del conjunto de derechos humanos, que es su forma de posibilidad histórica. Por el contrario, parto de que no se puede pretender realizar (acciones *conforme a*) un derecho humano independientemente del esfuerzo por la realización del conjunto de derechos humanos, pues es esa *complementariedad e integralidad* la que puede, por ejemplo, asignar en momentos diversos mayores recursos en función de unas acciones conforme a un derecho específico y en otro momento hacerlo respecto de otras acciones conforme a otros derechos. En definitiva, derechos humanos considerados individualmente sólo se constituyen en la *unidad sistemática* (Ellacuría, 1990) de la totalidad de derechos humanos. Además, nada nos indica que *necesariamente* debamos considerar siempre derechos humanos en su aspecto individualizado o particularizado (y vi-

ceversa); por eso, si seguimos un *principio de utilidad modificado*³⁰⁹, desde la perspectiva de proceso histórico (en los sentidos de Ellacuría y Hinkelammert), ya podríamos encontrar argumentos (descriptivos-prescriptivos) a favor de uno u otro derecho en la *consideración holística* de las condiciones objetivas y subjetivas presentes en un momento dado (la idea de momento oportuno: *kairos*) para la realización de acciones conforme a diversos derechos humanos, aun a cuenta de que éste sea un juicio parcial. De esta forma, como las mismas realizaciones concretas (*v.g.*, instituciones, normatividades, prácticas sociales) deben ser vistas y juzgadas en función de la totalidad de las exigencias de un *proyecto de vida*, hay cauces de acción (*v.g.*, el suicidio –tanto el individual como el colectivo o genocidio) que se *pueden* elegir ya que, en principio, no hay razones para proscribirlas, pero su efecto sería una contradicción del mismo *proyecto de vida*, y este es un límite que impone ya una cierta *prevención razonable* respecto de lo que *se debe* elegir y lo que *no se debe* elegir. Es más, esto cumple la condición lógica de no contradicción: **(1)** un sujeto podrá elegir la vida o la muerte, pero para elegir tiene que estar vivo; **(2)** una elección para que sea tal en un sentido no determinista debe poder repetirse o reproducirse, de lo contrario no es elección sino *sino atávico*; **(3)** si el sujeto en cuestión vive puede elegir entre vivir o morir, donde la elección por vivir posibilita seguir vivo (en el supuesto de no sufrir una agresión externa de aniquilación: hambre, guerra, etc.) y poder hacer nuevas elecciones, inclusive queda abierta la posibilidad de elegir en cualquier momento la muerte; pero la elección por lo segundo (muerte) contradice la condición misma de tal elección, anulando la elección.

XIII. Desde el marco categorial del pensamiento jurídico moderno la teoría general, particularmente de corte kelseniano, sólo es competente para dar respuesta a la pregunta por la validez (lógico-formal) de las normas jurídicas, legales y consuetudinarias, generales y particulares. Se desliza el problema de la efectividad, ya no de las normas particulares sino del ordenamiento jurídico como un todo, a una consideración efficientista (el principio de efectividad); pero se deja aislado ese mismo ordenamiento jurídico de todas las demás dimensiones de la realidad, incluidas las condiciones materiales y la trama de relaciones que posibilitan alcan-

³⁰⁹ En el campo de la racionalidad penal, Ferrajoli, 1995: 222-225, adscribe un *utilitarismo jurídico*. Por mi parte, con la idea de *principio de utilidad modificado* remito a una concepción más compleja, en tanto no sólo refiere a los límites de la acción penal en virtud del carácter represivo del Derecho, para lo cual la solución garantista de Ferrajoli parece de las más oportunas; sino engloba los criterios de legitimación (interna y externa) de la acción, aún de aquella preventiva o interventora del Derecho, en función del (de los) proyecto(s) de vida. Pero esto es asunto a intentar desarrollar en otro lugar (sobre el utilitarismo en la ética, véase Dussel, 1998: 106-113).

zar esa efectividad. Por otra parte, hay una reducción del fenómeno jurídico a los esquemas legales; también la costumbre, por ejemplo, cuando es asumida como fuente jurídica, lo es en tanto susceptible de subordinarse a los esquemas legales, sea por la vía de la legislación, sea por la vía de una jurisprudencia sometida al *esquematismo* o *rigorismo de la ley*.³¹⁰ Esto excluye la *consideración jurídica*³¹¹ de derechos humanos, los reduce a normas legales e invisibiliza las condiciones materiales y la trama de relaciones sociales que posibilitarían cualquier intento de realización de acciones *conforme* a tales derechos humanos. Finalmente, interrumpe el proyecto secularizador que suponía el derecho positivo frente a las tendencias naturalistas, al autonomizar las condiciones de validez del orden jurídico del control democrático.³¹²

B. Pasajes para una transición paradigmática

- I. **La duda de la ley... en la democracia ateniense:** Siguiendo la propuesta de Juan Ramón Capella (1999: 57-60) tenemos que en la democracia, idea-fuerza de la configuración socio-política ateniense, estaba presente más que un correctivo de la ley, una *condición de posibilidad* de ésta. En la democracia, el *demos* es el que produce la ley, la cual resulta de la composición de inúmeros intereses, sobre la base de que *todos* son igualmente susceptibles de ser tutelados, dada la fundamental igualdad de los ciudadanos portadores de esos intereses. Asimismo, en la medida que *uno* puede fallar o incurrir en la arbitrariedad, la *mayoría*, incluso la *totalidad* de los ciudadanos que deciden la ley, igualmente pueden fallar e incurrir en tiranía. El juicio de la mayoría, ni siquiera la unanimidad de éste, lo inmuniza del error y la arbitrariedad, en cuyo caso solo pasa por ser error y arbitrariedad de *muchos* y no de *uno*. Luego, la validez y eficacia reconocida a la ley del *demos* descansa en su apertura, en la posibilidad de ser contestada (*duda*) por cualquier miembro de ese *demos*. Desde esa perspectiva, la *estricta legalidad* (para converger con la propuesta garantista) no es un dispositivo de *cerrazón* del sistema, sino que evidencia la fundamental *apertura* a su contestación y corrección. La misma fuerza que la legitima para exigir la obediencia, asegura la posibilidad y potestad de

³¹⁰ Este que es pilar fundamental del Estado de derecho, en condiciones antidemocráticas –del signo ideológico que sean– se vuelve un instrumento para la denegación de justicia y la absolutización del orden instituido.

³¹¹ Consideración jurídica en el sentido de que se trata de *modos de vida con pretensiones de normatividad en tanto adecuados/útiles (pertinencia) a proyectos de vida*.

³¹² Adevierto que no estoy haciendo referencia a supuestos modelos de democracia jacobina, ni mucho menos a supeditar la validez estrictamente normativa (lógico-formal) a los devaneos de la así llamada “opinión pública”. El control democrático está ligado a la clásica vinculación sistemática democracia-derechos humanos que vimos en el *Capítulo IV*.

los ciudadanos y las ciudadanas –todavía más, de sujetos humanos concretos–, a cuestionar y reclamar una ilegitimidad frente a la aplicación de la *mera legalidad* (el paleopositivista principio de legalidad).

II. La crítica de la ley... cuando ésta no realiza la justicia e impone un orden que surge del desorden: Esta propuesta es, específicamente, la vía sugerida por Franz J. Hinkelammert, siguiendo las tradiciones paulina y joánica de la *crítica de la ley*. Desde la óptica de la justicia (como *justicia material*) y una *ética necesaria*, que tienden a posibilitar las condiciones para la producción y reproducción de la vida (humana y no humana), se abre otro frente de contestación y eventual suspensión de la *mera legalidad*, como exigencia para alcanzar legitimidad (es lo que llamo *vías para-legales en clave de juridicidad*). Téngase en cuenta que la lógica en la que se inscribe la propuesta de Hinkelammert es histórica, por ende, procesal. En ese sentido, el juicio de legitimidad de la ley no es un dato *a priori*, sino que surge a partir de la confrontación con el parámetro ético-jurídico fundamental: la vida (humana y no humana). Se trata, pues, de *hacerse cargo* (Ellacuría) del *juicio* (el proceso, puesta en escena del poder político jurídico) cuando evidentemente nos encontramos ante una situación de sacrificio o discriminación; esto supone otro concepto de *la ley* que no es reconducible a la legalidad burguesa, puesta para la defensa de la propiedad individual y la libertad de contrato. En ese sentido, sólo a cuenta de que se enfrente el *rigorismo de la ley*, ésta podrá recobrar su carácter de defensa frente a la arbitrariedad, aún y particularmente la propia. *Imaginado* en la perspectiva del *proceso jurisdiccional* tenemos que, frente a la reduplicación de la norma, en realidad se deben realizar dos juicios; es respecto del segundo juicio – donde opera la inversión de la norma– que para mantener la juridicidad del proceso se vuelve necesariamente exigente la *interpelación* de la norma. Por ejemplo, en un proceso penal, el primer juicio debe establecer la responsabilidad del sujeto al que se le imputa la comisión de la acción típica, antijurídica y culpable (*si es H, entonces E debe ser*); pero el segundo juicio, que impondría la pena en concreto una vez establecida la responsabilidad (*si no es E, entonces debe ser S*), es el que debe someterse a la crítica, para enfrentar el rigorismo y buscar las diversas alternativas que, conforme a las condiciones de posibilidad del *justo proceso* (criterio formal-sustancial), tiendan a disminuir y desactivar esa tendencia sacrificial. Lo dicho puede ser reconducido a una lectura *principal* de la norma (Salo de Carvalho) y en general del Ordenamiento jurídico; también responde a las sugerencias del profesor Zaffaroni a los jueces para enfrentar, en clave de derechos humanos, situaciones o contextos de discriminación. En cualquier caso, nos encontramos con una doble situación que fuerza la apertura del principio, aún contra la empiría impuesta:

- (1) Si la legalidad es la expresión jurídica de un orden que se impone por la acción concertada de los sujetos de tal orden (*convencionalidad* o *artificialidad*), éstos mismos sujetos pueden contestarla y la propia legalidad debe admitir y posibilitar tal conflictuación como parte de la lógica que la legitima. En este caso, la forma más común de la inconsistencia es la *naturalización* de lo convenido o artificial.
- (2) Si la legalidad es la expresión jurídica de un *orden que surge del desorden* (Hinkelammert) y se impone a espaldas de los sujetos que lo sustentan, tal como propone el pensamiento *neoconservador* a partir de un retorno de los postulados de la economía clásica (la *mano invisible*); entonces, no puede haber crítica posible. Desde el pensamiento *neoconservador*, soporte ideológico de las estrategias neoliberales, la lógica del mercado (*absolutización del mercado*) se impone como eje de toda construcción jurídica válidamente admitida; esto introduce el problema de si el mercado y sus leyes se instituyen como la mediación socio-política legítima porque respeta los dictados de una legalidad política (la voluntad de la *polis*, del *demos* de la *polis*), o si la legalidad es legítima porque respeta el mercado y sus reglas. No obstante, en la medida que para realizar la legalidad quienes operan el derecho deben acudir a la *interpretación* (aquí está una de las claves para aprehender la inversión: cualquier legalidad, para imponerse, requiere una interpretación; y es interpretación tanto la que afirma esa condición, como aquella que la niega en nombre de una literalidad imposible y ficticia), con lo cual se abre la posibilidad de enfrentar el rigorismo del orden impuesto; es decir, *no más leyes de obediencia debida* que amparen y generen impunidad y la violencia del derecho (en un doble sentido: como violencia *por* el derecho y violencia *del* derecho al derecho).

III. Derecho no es igual a ley: el derecho como *campo*: Para un desarrollo de esta vía, una referencia significativa es la obra del sociólogo francés Pierre Bourdieu. En la historia de las sociedades del derecho “europeo continental”, “romano-germánico”, “escrito”, se ha operado una asimilación del derecho a ley. Es un proceso de reducción del derecho a una de sus formas: *la ley*. En el Estado moderno esta reducción ha sido promovida por esa especial y casi absoluta gravitación del derecho legislado sobre cualquier otra manifestación jurídica, aún de aquellas otras fuentes reconocidas, pero subordinadas a ésta en virtud del proclamado principio de legalidad. En una perspectiva diversa, surge la tesis (de origen sociológico) del derecho *como campo*. En el *campo* jurídico se juegan los intereses, necesidades, etc., de los diversos sujetos (como sujetos concretos portadores de intereses-necesidades reales); de ahí que la interpretación de la legalidad como literalidad pasa siempre por desconocer el proceso de conformación de esa legali-

dad. Lo que es más grave, al escamotear los llamados factores extrajurídicos (que desde el *campo* en realidad sólo son *diferenciadamente* jurídicos), amén de la propia indeterminación del lenguaje de la ley, que preforman la interpretación que se pretende legal y válida (carácter ideológico), la misma legalidad se anula en sus condiciones de realización en el proceso jurisdiccional (como *justo proceso*). Así, si el derecho es un *campo* donde juegan esos intereses-necesidades, quien lo *interprete autorizadamente* (v.g., el juez), siempre tiene un margen de interpretación suficientemente amplio que le permite realizar una *interpelación* de la ley que prevalezca ante la imposición de una lectura arbitraria o rigorista. Mas como ese margen puede operar en un sentido o en otro, lo importante, desde una perspectiva emancipadora, es lograr una cultura jurídica y configuración constitucional (condicionada y condicionante) que adopten un parámetro (*derecho fundamental*) que atienda (i) a la realización de las necesidades de los sujetos concretos (cuerpos hablantes), (ii) en un ámbito de participación comunitaria (sujetos plurales), (iii) desde una ética de la alteridad y (iv) conforme las reglas y principios del juego democrático. Estas condiciones pueden dar lugar a una reformulación de la legalidad que tenga en cuenta su inversión como parte de la dinámica histórica, pero que contiene el correctivo que permite enfrentar su rigorismo, para recuperarla al servicio de la vida de los sujetos concretos.

IV. La vía garantista: Desde el garantismo, según lo señalado más atrás, el pasaje puede estar en un argumento del propio Ferrajoli (en Ferrajoli *et al.*, 2001: 35) que no parece ser explotado por él mismo dado su enclavamiento en el paradigma epistemológico de la racionalidad instrumental. Se trata de la conexión que establece entre “vital” y “fundamental”. Lo que por esta vía podemos obtener, en un intento de *traducción*, es lo siguiente: la vida (como tal vida o *nuda vida*) no es, en principio, un valor ni menos un derecho, ella es principalmente *condición* para cualquier valor y cualquier derecho; sólo en un momento segundo, correspondiendo al momento de la organización y la institucionalización, como adopción de cauces históricos por las que discurre esa vida (como vida humana concreta: personal-social y social-personal) es que puede hablarse del valor “vida” y del derecho a la vida. Visto esto, tenemos lo siguiente:

- (1) Si aceptamos la crítica que se hace al iusnaturalismo, que pretendía encontrar en un supuesto derecho natural el *prius* lógico del derecho positivo al cual estaba subordinado y que, a la vez, le servía de fundamento.
- (2) Si, consecuentemente, sólo aceptamos la existencia del derecho positivo, de carácter convencional (histórico); pero seguimos resintiendo la carencia de un fundamento (en todo caso, un *algo* que no sea el mismo derecho) a partir del cual hacer su evaluación.

(3) Entonces, será la vida (como vida humana y no humana, concreta, previa a cualquier adjetivación o predicación: esa *nuda vida*), en tanto *condición* de posibilidad, el *prius* ya no lógico sino pragmático de ese derecho positivo. De esta forma, los derechos que atiendan o estén más vitalmente comprometidos (los incluidos en las tipologías de Ferrajoli, por ejemplo) sí podrán llamarse y considerarse “fundamentales”.

V. El principio de jerarquización: En esta idea encontramos una forma *compleja* de comprender la relación *interioridad-exterioridad* respecto del sistema jurídico. Este principio cumple, a lo interno, con el aspecto formal de la tradición del positivismo, ya que ordena el mismo derecho y establece una jerarquía normativa que aparecería contenida en el marco de constitucionalidad, aún de las constituciones rígidas. A lo externo, el principio facilita ver que los contenidos *sustanciales* del derecho están determinados, en *respectividad/relacionalidad*, por una pluralidad de factores coincidentes en la dinámica social, la cual va constituyendo valores, principios, normas, entre otros. Asimismo, sirve como un elemento de organización y articulación de los “materiales”, múltiples y disímiles, de la *experiencia jurídica*.

VI. La experiencia jurídica: Ya sea como categoría teórica o sea como experiencia existencial –si es posible vivir *el* derecho y *conforme a* derecho, para lo cual la respuesta es afirmativa–, la experiencia jurídica comprende *derechos y garantías*, para seguir la distinción ferrajolina. En el paradigma positivista, en el pasaje de uno a la otra se instala su *inversión ideológica*; por eso mismo, siendo el objetivo del jurista teorizar sobre la experiencia jurídica, este debe hacerse cargo, ya en sede teórica, de esa inversión. Es la única forma de asegurar (no por conseguirla absolutamente eliminándola, sino como posibilidad de corregir sus efectos... –en el mismo sentido de “adecuación” expresado por Peña Freire y Ferrajoli y *un poco más allá*) que no se absolutice y esclerotice, ya no solo el pasaje sino uno u otro extremo, pues si los derechos son historia, cuanto la garantía contextual, tienen que estar en un proceso de apertura y de recíproca reconducción y revisión. Asimismo, conforme pase el tiempo, las nuevas significaciones del derecho requerirán nuevas garantías y los avances sociales ofrecerán nuevas garantías a derechos que antes no las tenían (lagunas). Desde esta perspectiva de la experiencia jurídica podemos también ensayar otros pasajes:

(1) Una traducción (teórica) para el modelo garantista: El modelo garantista tiene de partida la idea de *ordenamiento jurídico*, pues bien, podríamos distinguir entre un *Derecho fundamental* (género), que remite al principio de jerarquización, y los “derechos fundamentales” y “derechos patrimoniales” (para

utilizar la terminología de Ferrajoli) como sus componentes (especie). El Derecho fundamental sería, a la vez, contralor de la validez y legitimidad de los derechos específicos, pues esta legitimidad se deriva de la conformidad al criterio (material y formal) que contiene ese Derecho fundamental.

- (2) **Un pasaje para el modelo kelseniano:** Esto es posible si la Dogmática adquiere criticidad. La Dogmática, en cuanto ciencia del derecho, busca determinar las normas concretas vigentes de cada ordenamiento jurídico; pues se trataría de no tener como su “objeto” *normas hipotéticas fundamentales* ni como postulado, ni como ficción, sino un Derecho fundamental (principio de jerarquización) que opera en cada contexto jurídico. En ese caso, la ciencia jurídica pasaría a elucidar (para eso debe superar la exégesis y la lexicografía, para enrumbarse y aceptar ser también hermenéutica y un saber social específico) cuál es el concreto Derecho fundamental de cada ordenamiento específico. Asimismo, revisaría la validez de una norma, tanto en la forma como en las condiciones de producción (no es validez sólo formal, hay un juicio de legitimidad compleja e integral) de esa norma, validez y legitimidad que se deriva de la *conformidad al* Derecho fundamental. Por esta vía, además, tenemos amplio margen para re-escribir el capítulo sobre la *cuestión interdisciplinaria* en el campo jurídico.

Pero, ¿eso no nos dejaría en una situación análoga a la que se critica? Sería así si al nivel de la teoría no se suelda la escisión entre derecho y ética. Pues si la ciencia jurídica puede aceptar criterios y principios formales (como en todo caso ha hecho la mejor Dogmática), en virtud de una racionalidad reproductiva, que en definitiva es lo que le permitiría emitir un *juicio de juridicidad* (como articulación de cauces para la convivencia conforme a reglas convencionales), debe incorporar criterios y principios materiales (ética necesaria). En esa medida, el Derecho fundamental que estaría en la base de todo el sistema de derecho sería la producción, reproducción y desarrollo de la vida (humana y no humana).

Además, la ciencia jurídica, en un sistema garantista, está subordinada al carácter democrático de dicho sistema. El núcleo de la democracia son derechos humanos. Derechos humanos que sean derecho y que sean humanos, están referidos a seres humanos necesitados. La sujeción a derecho del derecho es sujeción a las exigencias de satisfacción de las necesidades de esos seres humanos en cuanto necesitados. Así, la ciencia jurídica también adquiere una textura contextual. Ella determina, en específico, cual es el Derecho fundamental de un ordenamiento. Derecho fundamental que bien puede estar muy alejado de ser satisfacción de necesidades (*v.g.*, la lógica del capital),

por eso la ciencia jurídica se vuelve crítica, porque visibiliza lo realmente existente y lo confronta en sus carencias democráticas.

- (3) Un pasaje para la operatividad procesal:** El juicio de legitimidad, compleja e integral, es decir, en la totalidad del ordenamiento jurídico y la contextualidad de la situación o caso concreto, lleva a enfrentar y funda decisiones jurídicas, incluso aquellas que denomino *para-legales en margen de juridicidad*. Si la ciencia jurídica garantista podría enfrentar las *lagunas*, como omisiones legislativas, la jurisdicción podría superar las *antinomias* hermenéuticamente. Es la posibilidad de un derecho judicial, como un instrumento institucional para la realización de derechos humanos, es decir, de acciones *conforme a* derechos humanos, que serían las garantías en concreto. Esto no es anarquismo ni utopismo, es posibilidad que surge a partir de las propias limitaciones (imposibilidades) de lo que podemos hacer. Es hacernos cargo, con radicalidad, de las exigencias y compromisos en la secularización del instrumento que operamos: el derecho, que se vuelve experiencia jurídica y, por ende, está al servicio de la vida.

“Para la ciencia del derecho este amor constitutivo, esta profunda fe en el valor de la vida es, si se puede decir así, aun más constitutivo, porque para la ciencia del derecho todo su esfuerzo está explícitamente volcado a servir a la vida. Esta es la más firme creencia de los mayores científicos... [; y] tal es la fe que la ciencia tiene en el valor de la vida, que proclama que servirla es propiamente su honor.

“Y sustancialmente, toda la lucha de los métodos no nace más que de esta exigencia de servir a la vida, de adecuarse a la vida y, también, de crear la vida. Luego, hay un problema del método porque hay una profunda preocupación intuitiva, podríamos decir una profunda exigencia práctica, un impulso originario acerca del valor de realizar la vida, que le impide a la ciencia encerrarse en la aparente paz de la búsqueda teórica. La matemática de los conceptos no es posible..., porque ella contradice aquel íntimo impulso, aquel íntimo amor por la vida que informa interiormente todo el esfuerzo de la ciencia, y que se traduce en el extraño sentimiento que ella tiene en sí misma de que su honor es propiamente el de ser teoría para servir a la vida.”

Giuseppe Capograssi

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Donde se hace una referencia más amplia de los textos citados, con lo cual se hace justicia a sus autores y autoras y se reconocen nuestras deudas intelectuales

“El carácter fragmentario de la información estimula intelectualmente la investigación. La plétora de información puede ahogar el pensamiento”

Edgar Morin

- Agamben, Giorgio, 1998: *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida* (trad. y notas de Antonio Gimeno Cuspinera), Pre-Textos, Valencia.
- Amín, Samir & Houtart, Francois eds., 2003: *Mundialización de las resistencias. Estado de las luchas 2002*, Forum Mondial des Alternatives-Ediciones desde abajo-L Harmattan, Bogotá.
- Idem, 2005: *Globalización de las resistencias. El estado de las luchas 2005*, Forum Mondial des Alternatives-Centro Tricontinental-Icaria-Cáritas Española-Ruth Casa Editorial, Barcelona.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, 1988: *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid.
- Antillón M., Walter, 2001: *Teoría del proceso jurisdiccional*, Investigaciones Jurídicas S. A., San José.
- Bachelard, Gastón, 1972: *La formación del espíritu científico*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- Idem, 1973: *Epistemología*, Anagrama, Barcelona.
- Baratta, Alessandro, 1986: “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal” en *Poder y control*, N° 0, Barcelona.
- Barcellona, Pietro, 1996: *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid.
- Beccaria, Cesare, 1968: *De los Delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid.
- Béjar, Helena, 1988: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid.
- Beltrán, Elena & Maquieira, Virginia, edtas., 2001: *Feminismos. Debates teóricos y contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid.
- Berlin, Isaiah, I-1992: *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2° reimpr. de la 1° ed.
- Idem, II-1992: *Contra la corriente. Ensayos sobre historia de las ideas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2° reimpr. de la 1° ed.
- Bernal, John, 1981: *Surgimiento y carácter de la ciencia*, Nueva Imagen, México.
- Bobbio, Norberto, I-1991: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid.
- Idem, II-1991: *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid.
- Idem, 1997: *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid.
- Bodelón, Encarna, 2001: “Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia”, ponencia presentada a las *XVIII Jornadas de Filosofía Política y Jurídica*, Granada, 5 y 6 de abril de 2001 (s. e.)
- Bourdieu, Pierre, 1999: *Meditaciones pascalianas*, Anagrama, Barcelona.
- Idem, 2001: *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2ª ed.
- Bourdieu, Pierre & Wacquant, Loïc J. D., 1995: *Respuestas. Por una Antropología reflexiva*, Grijalbo, México.
- Braunstein, Néstor A., 2001: “La ficción del sujeto” en *Crítica jurídica*, N° 18, Brasil.
- Camus, Albert, 1975: *El hombre rebelde*, Losada, Buenos Aires.
- Canetti, Elías , 2000: *Masa y Poder*, Muchnik Editores, Barcelona.

- Capella, Juan Ramón, 1999: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 2° ed.
- Idem, 1993: *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, 2ªed.
- Capograssi, Giuseppe, 1959: *Opere*, Tomo II, Giufrré, Milano.
- Castoriadis, Cornelius, 1998: *El ascenso de la insignificancia*, Cátedra, Madrid.
- Clavero, Bartolomé, 1997: *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid.
- Correas, Oscar, 2001: "... y la norma fundante se hizo ficción" en *Crítica jurídica*, N° 18, Brasil.
- De Carvalho, Amilton Bueno & De Carvalho, Salo, 2001: *Aplicação da pena e garantismo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- De Carvalho, Salo, 2001: *Pena e garantias: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio, 1996: *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de las Casas*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2ª ed.
- Idem, 2001: *Derechos humanos desde el iusnaturalismo histórico analógico*, Porrúa – Universidad Autónoma de Aguascalientes, México.
- Idem, 2002: *El derecho a tener derechos. Ensayos sobre los derechos humanos en México*, CIEMA, México, 2ª ed.
- Idem, 2005: *El derecho que nace del pueblo*, Porrúa, México.
- Devereux, George, 1983: *De la ansiedad al método en las ciencias del comportamiento*, Siglo XXI, México, 2° ed.
- Dierckxsens, Wim, 1999: *Los límites de un capitalismo sin ciudadanía*, DEI, San José, 4° ed.
- Idem, 2000: *Del neoliberalismo al poscapitalismo*, DEI, San José.
- Dussel, Enrique, 1998: *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, Madrid.
- Idem, 2001: *Hacia una Filosofía Política crítica*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- Einstein, Albert, 2000: *Mis ideas y opiniones*, Bon Ton, Barcelona.
- Ellacuría, Ignacio, 1990: *Filosofía de la realidad histórica*, UCA Editores, San Salvador.
- Idem, 2001: *Escritos Filosóficos*, Tomo III, UCA Editores, San Salvador.
- Etxeberría, Xavier, 1997: "Los derechos humanos: universalidad tensionada de particularidad" en *Los derechos humanos, camino hacia la paz*, Centro Pignatelli, Zaragoza.
- Facio, Alda, 1999: *Cuando el género suena, cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Ilanud, San José.
- Facio, Alda & Fries, Lorena, edtas., 1999: *Género y Derecho*, LOM Ediciones/La Morada, Santiago de Chile.
- Fachin, Luiz Edson, coord., 1998: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporaneo*, Renovar, Rio de Janeiro.
- Idem, 2000: *Teoria crítica do Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro.
- Falzea, Angelo, 2001: *Eficacia jurídica*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José.
- Ferrajoli, Luigi, 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- Idem, 1999: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi, Luca Bacelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo, 2001: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- Feyerabend, Paul K., I-1982: *Against Method*, New Left Books, Londres.
- Idem, II-1982: *La ciencia en una sociedad libre*, Siglo XXI Editores, Madrid.
- Follari, Roberto, 2000: *Epistemología y Sociedad*, Homo Sapiens Ediciones, Rosario, Argentina.

- Fornet-Betancourt, Raúl, 1994: *Hacia una filosofía intercultural latinoamericana*, DEI, San José.
- Idem, 2001: *Transformación intercultural de la Filosofía*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- Foucault, Michel, 1966: *El nacimiento de la clínica*, Siglo XXI, México.
- Idem, 1967: *Historia de la locura en la época clásica*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Idem, I-1984: *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Siglo XXI, México, 11° ed.
- Idem, II-1984: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México.
- Idem, 1988: *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, Alianza.
- Idem, 1996: *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Siglo XXI Editores, México.
- Idem, 1999: *El orden del discurso*, Tusquets, Barcelona.
- Freud, Sigmund, 2000: *El malestar en la cultura y otros ensayos*, Alianza Editorial, Madrid.
- Gallardo, Helio, 2000: *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Tierra Nueva-Escuela de formación de Laicos y Laicas-Servicio Paz y Justicia, Quito.
- Idem, 2006: *Derechos Humanos como movimiento social*, Desde abajo – DEI, Bogotá.
- Galtung, Johan, 1998: *Directos Humanos. Una nova perspectiva*, Instituto Piaget, Lisboa.
- Garaudy, Roger, 1973: *La Alternativa*, EDICUSA, Madrid.
- García Inda, Andrés, 1997: *La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Cedecs, Barcelona.
- Geiger, Theodor, 1983: *Estudios de Sociología del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- González Casanova, Pablo, 2004: *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la Academia a la Política*, Anthropos Editorial, México.
- Guadarrama, Pablo, 2004: *Positivismo y antipositivismo en América Latina*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.
- Gulotta, Guglielmo, 1987: *Trattato di Psicologia giudiziaria*, Giufre, Milano.
- Gutiérrez, Germán, 1998: *Ética y Economía en Adam Smith y Friedrich Hayek*, DEI, San José de Costa Rica.
- Habermas, Jürgen, 1982: *Conocimiento e interés*, Taurus ediciones, Madrid.
- Idem, I-1990: *La lógica de las ciencias sociales*, Tecnos, Madrid, 2° ed.
- Idem, II-1990, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, Madrid, 2ª ed.
- Idem, 2002: *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, México.
- Heidegger, Martin, 1988: *¿Qué es metafísica? y otros ensayos*, Siglo XX, Buenos Aires.
- Heller, Agnes, 1999: *Una Filosofía de la historia en fragmentos*, Gedisa, Barcelona.
- Hernández Gil, Antonio, 1981: *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 2° ed.
- Herrera, Carlos Miguel, 1995: “La polémica Schmitt – Kelsen sobre el guardián de la Constitución” en *Crítica jurídica*, N° 16, México.
- Herrera Flores, Joaquín, ed., 2000: *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- Idem, 2005: *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid.
- Herrera Flores, Joaquín & Rodríguez Prieto, Rafael, 2000: “Hacia la nueva ciudadanía: consecuencias del uso de una metodología relacional en la reflexión sobre la democracia” en *Crítica jurídica*, N° 17, Brasil.
- Hinkelammert, Franz J., I-1990: *Crítica a la razón utópica*, DEI, San José.
- Idem, II-1990: *Democracia y totalitarismo*, DEI, San José.

- Idem, 1991: *La fe de Abraham y el Edipo occidental*, DEI, San José, 2ª ed.
- Idem, 1995: *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, DEI, San José.
- Idem, 1996: *El mapa del emperador*, DEI, San José.
- Idem, 1998: *El grito del sujeto. Del teatro-mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización*, DEI, San José.
- Idem, comp., 1999: *El huracán de la globalización*, DEI, San José.
- Idem, 2003: *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, EUNA, Heredia, Costa Rica.
- Hinkelammert, Franz J. & Mora, Henry M., 2001: *Coordinación social del trabajo, mercado y reproducción de la vida humana. Preludio a una teoría crítica de la racionalidad reproductiva*, DEI, San José.
- Idem, 2005: *Hacia una economía para la vida*, DEI, San José.
- Ibáñez, Jesús, 1986: *Más allá de la Sociología. El grupo de discusión: técnica y crítica*, Siglo XIX, Madrid, 2º ed.
- Ihering, Rudolf von, 1946: *Dogmática jurídica*, Losada, Buenos Aires.
- Kavafis, Constantino P., 1995: *Obra escogida*, Edicomunicación, Barcelona.
- Kelsen, Hans, 1986: *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México.
- Idem, 1988: *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Idem, 1992: *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 2ª ed.
- Idem, 2001: "Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del "como si" de Vaihinger" en *Crítica jurídica*, N° 18, Brasil, pp. 15-36.
- Kuhn, Thomas S., 1971: *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- Idem, 1989: *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*, Paidós, Barcelona.
- Lakatos, Imre & Musgrave, Alan, eds., 1975: *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Grijalbo, Barcelona.
- Lautmann, Rüdiger, 1974: *Sociología y Jurisprudencia*, Sur, Buenos Aires.
- Legendre, Pierre, 1979: *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, Anagrama, Barcelona.
- Legendre, Pierre; Entelman, Ricardo; Kozicki, Enrique; Abraham, Tomas; Marí, Enrique; Le Roy, Etienne & Vezzetti, Hugo, 1982: *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires.
- Luhmann, Niklas, 1998: *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, Trotta, Madrid.
- Maier, Julio, 1992: "El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición" en *Derechos fundamentales y justicia penal (Liber amicorum)*, Juricentro, San José.
- Mannheim, Kart, 1958: *Ideología y Utopía. Introducción a la Sociología del conocimiento*, Aguilar, Madrid.
- Marí, Enrique E.; Kelsen, Hans; Kozicki, Enrique; Legendre, Pierre & Superman, Arnoldo, 1994: *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Edicial, Buenos Aires, 2ª ed.
- Martínez de Bringas, Asier, 2001: *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos: Globalización y Derechos humanos*, N° 15, Universidad de Deusto, Bilbao.
- Martínez Roldán, Luis & Fernández Suárez, Jesús, 1994: *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, Ariel, Barcelona.
- Maturana, Humberto & Varela, Francisco, 1999: *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del conocimiento humano*, Debate, Barcelona, 3º ed.
- Mialle, Michel, 1982: *Une introduction critique au Droit*, Francois Maspero, París.
- Mills, Charles Wright, 1993: *La imaginación sociológica*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- Monclus, Antonio, 1988: *El pensamiento utópico contemporáneo*, Circulo de lectores, Barcelona.
- Monod, Jacques, 1971: *El azar y la necesidad. Ensayo sobre la Filosofía natural de la Biología moderna*, Barral Editores, Barcelona.

- Montesquieu, Charles Louis de Secondant, 1986: *El Espíritu de las Leyes*, Asociación Libro Libre, San José.
- Morin, Edgar, 1995: *Sociología*, Tecnos, Madrid.
- Orestano, Ricardo, 1997: *Introducción al estudio del derecho romano*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid.
- Osuna Fernández-Lago, Antonio, 2001: *Teoría de los derechos humanos. Conocer para practicar*, EDIBE-SA, Salamanca.
- Peña Freire, Antonio Manuel, 1997: *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid.
- Perelman, Chaïn, 1988: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid.
- Polanyi, Kart, 1997: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, La Piqueta, Madrid.
- Resta, Eligio, 1986: "La desmesura de los sistemas penales" en *Poder y control*, N° 0, Barcelona.
- Roitman Rosenmann, Marcos, 1996: *La democracia de la razón*, Acción Cultural Ngóbe, Panamá.
- Idem, 1998: *Las razones de la democracia*, Sequitur, España.
- Rubio, Ana, 2001: "Aportaciones del feminismo al principio de igualdad", ponencia presentada a las XVIII Jornadas de Filosofía Política y Jurídica, Granada, 5 y 6 de abril de 2001.
- Sánchez Rubio, David, 1999: *Filosofía, derecho y liberación en América latina*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- Sánchez Rubio, David; Herrera Flores, Joaquín & De Carvalho, Salo, coords., 2002: *Anuário iberoamericano de direitos humanos (2001-2002)*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro.
- Santos, Boaventura de Sousa, 1998: *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, Bogotá.
- Idem, 1999: *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá,
- Idem, 2003: *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y lo apolítico en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- Idem, org., 2004: *Conhecimento prudente para uma Vida decente: um discurso sobre as Ciências revisitado*, Cortez Editora, São Paulo.
- Santos, Milton, 2000: *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*, Ariel, Barcelona.
- Saxe Fernández, Eduardo E., 1999: *La nueva oligarquía latinoamericana. Ideología y democracia*, EUNA, Heredia, Costa Rica.
- Satta, Salvatore, 1971: *Soliloquios y coloquios de un jurista*, Ejea, Buenos Aires.
- Schaff, Adam, 1995: *Historia y verdad*, Grijalbo, México.
- Senent de Frutos, Juan Antonio, 1998: *Ellacuría y los derechos humanos*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- Serres, Michel, ed., 1991: *Historia de las ciencias*, Cátedra, Madrid.
- Shute, Stephen & Hurley, Susan, eds., 1998: *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid.
- Tigar, Michael E. & Levy, Madeleine R., 1978: *El derecho y el ascenso del capitalismo*, Siglo XXI Editores, México.
- Toharia, José Juan, 1975: *El juez español*, Tecnos, Madrid.
- Touraine, A., 2000: "Debilidad de las democracias" en *El País*, Año XXV, 12-11-2000, Edición para Andalucía, p. 21.
- Treves, Renato, 1988: *La Sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Ariel, Barcelona.
- Truyol y Serra, Antonio, 1994: *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2ª reimpr. de la 3ª ed.
- Varcárcel, Amelia; Renau, Dolores & Romero, Rosalía, edtas., 2000: *Los desafíos del feminismo ante el siglo XXI*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla.
- Wittgenstein, Ludwig, 2000: *Tractatus logico-philosophicus*, Alianza Editorial, Madrid, edición bilingüe.

- Wolkmer, Antonio Carlos (2001), *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, Saraiva, São Paulo, 3° ed. revisada y actualizada.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, 1988: *Criminología: aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá.
- Idem, 1992: "Dimensión política de un poder judicial democrático", conferencia leída en el "Seminario de Justicia Constitucional", en San José, el 23 de setiembre (s. ed.).
- Zagrebelsky, Gustavo, 1997: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2° ed.

Post scriptum

En homenaje a

- *Capograssi, Orestano, Satta, y a quienes aún en la lejanía, de cualquier especie, les han escuchado.*
- *Antillón, que me los hizo conocer, sin los cuales y sin su mediación magisterial, no vendría a ser el proyecto de jurista que soy hoy.*
- *Hinkelammert, que me ofreció una luz para alumbrar mis inquietudes y la fuerza de un saber que me ha permitido, al menos vislumbrar, la traducción del pensamiento de liberación al campo del derecho.*
- *Ellacuría, ejemplo de vida y rigor intelectual que me ubica en mi historia, que es la historia del pueblo del que formo parte.*
- *Ferrajoli, que con sus propuestas me ha dado la posibilidad de pensar un derecho otro.*
- *A tantos y tantas que me han prestado sus palabras, sus conocimientos, sus experiencias, sólo espero no haber traicionado su espíritu.*

Crítica a la Imagen Jurídica, de Norman José Solórzano Alfaro, se terminó de imprimir en San Luis Potosí, el mes de septiembre del 2007. Se imprimió en los talleres de Organización Editorial Tangamanga, S.A. de C.V.