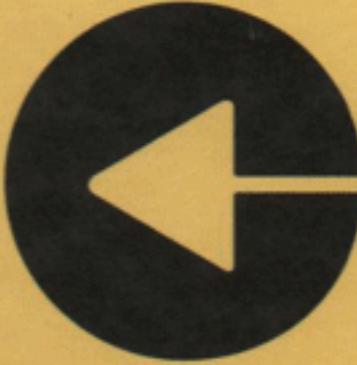


---



# Crítica jurídica

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

ISSN 0188-3968

19  
2001

---

Fundación Iberoamericana  
de Derechos Humanos



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

---



## **Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires**

CRITICA JURÍDICA é uma publicação conjunta de Crítica Jurídica A.C. (México), da Fundação Iberoamericana de Direitos Humanos (Espanha) e da Faculdades do Brasil. Esta edição conta com também com o patrocínio da Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Pelas opiniões sustentadas nos trabalhos assinados respondem exclusivamente seus autores. A sua publicação não implica em que Crítica Jurídica se solidarize com seu conteúdo. Os artigos publicados neste número foram submetidos à avaliação do conselho editorial.

Esta edição foi revisada por André Luiz Proner.

## **COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL**

### ***Diretores:***

Dr. Clèmerson Merlin Clève

Dr. Wilson Ramos Filho

## **FACULDADES DO BRASIL - Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Brasil**

***Diretor Geral :*** Prof. Sérgio Ferraz de Lima

***Coordenação do Curso de Direito:*** Prof. Paulo Ricardo Schier

***Coordenação de Pesquisa e Extensão:*** Prof<sup>a</sup> Adriana da Costa Ricardo Schier

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

### ***Diretor:***

Dr. Daniel Cazés

## **FUNDACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

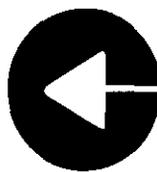
### ***Presidente:***

Dr. Joaquín Herrera Flores

## **DEPARTAMENTO DE PUBLICAÇÕES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

### ***Directora:***

Dra. Mary Beloff



**Crítica jurídica**

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

---

**N°19**

**2001**

---

Primeira impressão: 2001

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

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

Impresso no Brasil  
Por: Idealgraf Editora Ltda.  
idealgraf@terra.com.br  
Capa: supremo alto alvura 250 grs  
Miolo: offset 75 grs

Diagramação: Jimmy A. L. Martinez  
jimmy5@ig.com.br

ISSN 0188-3968

***DIRETOR:***

Óscar Correas

***CONSELHO EDITORIAL***

Clèmerson Merlin Clève  
Daniel Cazés  
David Sanches Rubio  
Edmundo Lima de Arruda Jr.  
Eros Roberto Grau  
Fernando Tenorio Tagle  
Héctor Cuadra  
Joaquín Herrera Flores  
Jorge Witker  
José Rolando Emilio Ordóñez  
Rogério Viola Coelho  
Wilson Ramos Filho

***CONSELHO ASSESSOR***

Adolfo Sánchez Pereira (México)  
Antoine Jeammaud (França)  
Antonio Azuela (México)  
Arturo Berumen Campos (México)  
Augusto Sánchez Sandoval (México)  
Boaventura de Sousa Santos (Portugal)  
Carlos Cárcova (Buenos Aires)  
Célio Horst Waldraff (Brasil)  
Graciela Bensusan (México)  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Brasil)  
Jesús Antonio de la Torre Rangel (México)  
Jorge Luis Ibarra Mendivil (México)  
José Ignacio Lacasta Zabalza (Espanha)  
Juan-Ramón Capella (Espanha)  
Luiz Edson Fachin (Brasil)  
Paulo Ricardo Schier (Brasil)  
Peter Fitzpatrick (Inglaterra)  
Roberto Bergalli (Espanha)  
Víctor Moncayo (Colômbia)

***SECRETARIA DE REDAÇÃO***

Caroline Proner (Brasil)  
Erick Gómez Tagle (México)

## ÍNDICE

**APRESENTAÇÃO ..... 11**

### TEORIA

**O PENSAMENTO POLÍTICO MEDIEVAL: SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO ..... 15**

Antonio Carlos Wolkmer

**NOTAS PARA UNA CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ..... 33**

Norman José Solórzano Alfaro

**LA PERCEPCIÓN ESPACIO – TEMPORAL EN EL CHOQUE DE CULTURAS HISPANA E INDÍGENA EN IBEROAMÉRICA Y EL PROBLEMA DE LA MODERNIZACIÓN ..... 67**

Daniel Jiménez Schlegl

**EL PROBLEMA DE LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO ..... 85**

Luis Manuel Sánchez Fernández

**THE NEW LIBERAL COSMOPOLITANISM ..... 97**

Peter Gowan

**A LEI E A LEI: UMA REFLEXÃO CRÍTICA DA LEITURA CRUZADA ENTRE O DIREITO E A PSICANÁLISE ..... 125**

Jeanine Nicolazzi Philippi

**DIREITO, EPISTEMOLOGIA E NEOLIBERALISMO ..... 139**

Plauto Faraco de Azevedo

### ANÁLISES

**BENS DE INTERESSE PÚBLICO E MEIO AMBIENTE ..... 159**

José Afonso da Silva

**REVISIÓN CRÍTICA SOBRE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y SOCIAL EN LA CIUDAD DE MÉXICO ..... 163**

Erick Gómez Tagle López

**INTERVENCIONISMO ESTATAL E MODELO SINDICAL ..... 179**

Flávio Antonello Benites

**O SEGREDO MÉDICO: AS IDÉIAS DE UM MÉDICO LEGISTA NO BRASIL NO INÍCIO DO SÉCULO ..... 225**

Flávio Vilas Boas Trovão

**COMENTARIOS CRÍTICOS AL ESTUDIO DEL BANCO MUNDIAL: “HACIA LA SEGURIDAD ECONÓMICA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN” ..... 237**

Oswaldo Martínez

**DIREITOS HUMANOS**

**POEMA - Yo soy ..... 247**

Diana Olivera

**JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL ..... 251**

Gustavo Adolfo Jiménez Madrigal

**DERECHOS HUMANOS, INMIGRACIÓN Y ALGUNAS PARADOJAS DEL UNIVERSALISMO ..... 289**

David Sánchez Rubio

**ELEMENTOS PARA O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO PELOS TRABALHADORES ..... 307**

Luis Felipe do Nascimento Moraes

**CULTURA EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL ..... 323**

Nélida Perez Hernández

**RESENHAS**

**FARIÑAS DULCE, María José. Globalización, ciudadanía y derechos humanos. España: Editorial Madrid, 2000. .... 333**

Roberto Javier Dircio López

**AZUELA, Antonio. La ciudad, la propiedad privada y el Estado. México: Colegio de México, 1989. .... 334**

David Ulises Aguilar Viniegra.

Crítica Jurídica nº19, impresso no Brasil por  
Idealgraf Editora Ltda.

Papel sulfite 75 grs para o miolo e A. Alvura 240 grs para a capa.

Peso por exemplar 495 grs. Formato, 215 mm x 160 mm com 340 pág.

Tiragem de 1500 unidades.

## PRESENTACIÓN

Nuestra revista marcha hacia su consolidación definitiva. El decidido apoyo de los amigos de Brasil, constituidos en el principal sostén de *Crítica Jurídica* en Unibrasil, así lo auguran. Por otra parte, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, se suma a esta empresa a partir de este número. Hace muchos años que deseábamos llegar con fluidez a Argentina. Eso es una realidad ahora. Completamos así un espectro amplio, con base en México, Brasil, Buenos Aires y Sevilla.

Por primera vez, publicamos un texto en inglés. No sabemos aún qué opinarán nuestros lectores. Luego de esto, habrá pocas razones para no incorporar otros idiomas, como el francés y el italiano. También continuamos con nuestro interés en el psicoanálisis. Sin embargo, nuestro mayor orgullo es constituimos como una publicación que ofrece sus páginas a autores jóvenes. Para ellos fue creada la revista. Mientras que la presencia, en Cuba, de nuestra secretaria de redacción en Brasil, Carol Proner, nos puso en contacto con autores de la isla heroica. También muchos años hemos esperado para conseguir establecer una relación fluida con ese país. Ya lo sabemos: se trataba, simplemente, de enviar una buena embajadora. Por primera vez, también, publicamos poesía. Diana Olivera, de Buenos Aires, nos autorizó a publicar un poema que no se puede leer sin que se estremezca el corazón.

El número 19 de nuestra revista, aparece en medio de la incertidumbre y la guerra. Estados Unidos entra en recesión al mismo tiempo que, luego de atropellar todo lo que se había conseguido en términos de Derecho Internacional, se dedica a bombardear y asesinar miles de inocentes en Afganistán, con el pretexto de matar a un individuo al que le atribuye, al margen de todo proceso civilizado, la autoría del atentado en Nueva York. Pretexto: todos sabemos que esas bombas huelen a petróleo. Y a componendas en las cuales los periodistas han detectado los intereses familiares del propio presidente norteamericano. Estados Unidos, ya lo sabíamos, siempre ha hecho gala de la criminalidad de su gobierno. Y, lamentablemente, no podemos dejar de decir que tiene el apoyo mayoritario de un pueblo que, no por mal informado, es inocente respecto de la matanza.

Pero, al mismo tiempo, Estados Unidos entra, oficialmente ahora, en recesión. Ahora nuestros pueblos pagarán las veleidades de sus últimos presidentes, y la perversión de sus clases dominantes. Ahora se harán terriblemente patentes los efectos de haber atado las economías de nuestros países al carro triunfal de la bestia mayor del capitalismo. Sospechamos, además, que estos personajes siniestros que nos han venido gobernando –digamos, también, que con el apoyo del electorado- pasarán impunes a la historia.

*Crítica Jurídica* desea sumarse a todos aquellos que, sin grandes armas, resisten. Pero solamente puede hacerlo con las cortas armas del pensamiento. Tal vez, pero sólo

tal vez, su impacto se traduzca en la actividad de juristas comprometidos con las causas de sus pueblos. Por eso continuamos ofreciendo nuestras páginas a quienes quieran reflexionar sobre el estado y el derecho de nuestro tiempo. Y mejor si son jóvenes y noveles.

Pedimos disculpas a nuestro amigo Jean Hennequin, por no haber consignado, en nuestro número anterior, el 18, que él es el traductor del artículo de Hans Kelsen titulado “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del ‘como si’ de Vaihinger”.

O.C.  
Diciembre 2001

## O PENSAMENTO POLÍTICO MEDIEVAL: SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO

Antonio Carlos Wolkmer\*

### Introdução

A derrocada da sociedade antiga representada pela desintegração do Império Romano escravista no século V e a ascensão do cristianismo podem ser apontadas como os acontecimentos mais significativos que se processaram na história da Europa Ocidental. O largo período coberto pela Idade Média, marcado pela hegemonia da Igreja Cristã, pela invasão e conquistas dos povos nórdicos, e pela estruturação econômica e social das relações feudais, expressará uma cultura engendrada no pensamento grego, na tradição jurídica romana e na matriz teológica judaica, aglutinando elementos novos advindos das fontes cristãs e germânicas. Se a Igreja Cristã foi, no Ocidente, a principal herdeira da civilização romana, não conseguiu evitar o enfraquecimento da instância pública e a fragmentação do poder central. São diversos os fatores (político, econômico, social e cultural) que devem ser buscados para explicar o fim da Antiguidade e os primórdios da Idade Média. Economicamente, a sociedade feudal era uma estrutura agrária de subsistência, e ainda que predominasse a produção agrícola, que ocupava a maior parte da população, não deixava de existir a produção artesanal e a prática do comércio e de serviços. A organização social era estratificada em segmentos representativos com rigidez relativa: elite clerical (o alto e baixo clero), os guerreiros (nobreza feudal, cavaleiros) e os trabalhadores (camponeses livres, servos, escravos e outros). As relações sociais se personalizaram e se hierarquizaram, sendo que o poder senhorial se contrapunha à vassalagem dependente<sup>1</sup>. O mundo feudal estava profundamente marcado pela hegemonia e pelo controle eclesiástico que influenciava as relações sociais, os valores culturais e as formas de exercício dos poderes políticos. A crise da estrutura político-administrativa romana entre os séculos III e IV

\* Professor Titular de "História das Instituições Jurídicas" dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC. Doutor em Direito e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). É pesquisador do CNPq, CONPEDI e SBPC. Professor visitante de cursos de pós-graduação em várias universidades do Brasil e do exterior. Autor de diversos livros, dentre os quais: *História do Direito no Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000; *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001; *Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

<sup>1</sup> Consultar: FRANCO JÚNIOR, Hilário. *Feudalismo: uma sociedade religiosa, guerreira e camponesa*. São Paulo: Moderna, 1999.

## O PENSAMENTO POLÍTICO MEDIEVAL: SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO

engendrou um sistema de poder descentralizado, com a soberania pulverizada em múltiplas esferas de governo. Era a fragilidade do Estado frente às instituições personalizadas, a hierarquia de privilégios, os laços de fidelidade, e a atualidade conflitiva dos poderes espiritual e temporal. A partir desses valores, princípios, formas de saber, modo de produção e representação social que se poderá compreender e projetar uma modalidade histórica de cultura política específica. Nesse caso, as idéias políticas medievais estão impregnadas e reproduzirão concepções marcadamente religiosas, sendo que as origens e os fundamentos do poder respondem a uma ordem e hierarquia de representação divina. Assim, o pensamento político greco-romano antigo por seu imaginário naturalístico, cívico e cósmico distingue-se da transcendência, espiritualidade e ortodoxia do pensamento político medieval.

Ao elencar alguns traços caracterizadores do pensamento político medieval, importa destacar três momentos significativos: a) a formação do cristianismo como doutrina política, e o papel dos Padres da Igreja como canais de ligação entre o mundo clássico antigo e a cultura da Idade Média; b) os aspectos da obra de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino que influenciaram e foram extremamente importantes na construção da filosofia política medieval; c) o declínio do teocentrismo no período de transição política e o processo de secularização do poder estatal.

### 1. Idéias Políticas do Cristianismo na Alta Idade Média

Durante a Idade Média, na Europa Ocidental os cristãos vivenciavam uma concepção comum de mundo: as formas de saber e de verdade estavam expostas no Novo Testamento, nas Escrituras Sagradas e nos ensinamentos dos Padres da Igreja. Tanto a filosofia política quanto as outras áreas da cultura e do conhecimento científico estavam sob o controle e sob a ingerência da teologia oficial e das doutrinas da Igreja Romana. Porém, a herança da antigüidade clássica não havia sido abandonada ou esquecida, pois se fez presente na interpretação e na obra dos grandes pensadores cristãos que souberam adaptar para a teologia cristã a obra de Platão, Aristóteles, Sêneca, Cícero, Plotino e outros.

A Alta Idade Média tem a fase mais representativa de seus fundamentos filosóficos no período conhecido como Patrística (que se estende do século II ao século VI). A Patrística expressa o momento em os Padres Apologistas, conhecedores do pensamento antigo, mas voltados para um modo santo de viver, uma postura intelectual ortodoxa e uma incorporação rígida à tutela da Igreja, buscam desenvolver, sistematicamente, uma doutrina apologética (com implicações na Sociedade, na Política, no Direito e na Ética) que sirva de fundamento filosófico à teologia, procurando criar novas verdades para a religião cristã, impondo e explicando dogmas que regulamentam e institucionalizam a fé católica<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Cf. JEAUNEAU, Edouard. *A Filc ofia Medieval*. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 12; GILSON, Etienne. *A Filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. pp. 2-3, 203-204; RUSSELL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. 3. ed. Livro Segundo. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968. pp. 22-33.

Pela importância da Patrística pode-se distinguir entre os Padres, como quer Antonio Truyol y Serra, dois grandes grupos constituídos pelos pensadores cristãos de inspiração grega (São Justino, São Irineu, Clemente de Alexandria, Orígenes, São Basílio e tantos outros) e os pensadores cristãos latinos (Tertuliano, Lactâncio, São Ambrosio, São Jerônimo e Santo Agostinho). Escreve Truyol y Serra que os primeiros, formados no pensamento helênico, eram “mais especulativos, ocupando-se de preferência de questões mais elevadas e profundas da teologia. Os segundos, familiarizados com o Direito romano, sentem uma maior inclinação por questões práticas, políticas e sociais. As duas tendências se conciliaram em Santo Agostinho”<sup>3</sup>. Cabe observar a forte presença da obra de Platão, Cícero e São Paulo na formação teórica dos Padres da Igreja e na elaboração de doutrinas que, ainda que essencialmente teológico-filosóficas, foram utilizadas como suportes para a montagem e interpretação do político e do jurídico.

Por certo, o cristianismo foi muito mais uma elaboração que objetiva a salvação humana e a redenção dos oprimidos do que propriamente uma filosofia política. O que parece, portanto, é que determinadas idéias sobre governo, autoridade, lei humana obediência estavam presentes não só na tradição clássica pagã, mas sobretudo em numerosas passagens do Novo Testamento. A atitude de expectativa e de realização futura das profecias do modo de ser do judaísmo será sucedido por uma orientação de sentido novo, mais prática e relativamente revolucionária do pensamento cristão<sup>4</sup>. Por outro lado, escreve George Sabine, o “cristianismo encerrava idéia incompatível com a virtude romana de dedicação total ao Estado. (...) tornou-se inevitável o rompimento com a velha tradição que tornava a religião acessório do Estado. O Cristianismo – a Igreja ao lado do Estado – representou o repúdio final da velha idéia imperial e o ponto de partida de um desenvolvimento radicalmente novo”<sup>5</sup>.

A supremacia da Igreja Romana como instituição com legitimidade maior da cristandade consolida os ensinamentos de uma filosofia política em torno da forma de governo, da obediência e dos deveres do cristão ao poder público, as origens e os fundamentos do poder constituído, as relações entre Igreja e Estado etc. Inicialmente, pode-se dizer que a concepção cristã de governo e de autoridade legal se baseia numa filosofia do Direito divino, em que o poder constituído provém de Deus, que dá legitimidade aos governantes, competindo ao povo escolhido a obediência e a subordinação às autoridades em exercício. De fato, a relevância da obediência como um dever determinado por Deus está presente nos escritores do Novo Testamento, fundamentalmente na Epístola de São Paulo aos Romanos (Cap. XIII, Vers. 1-7). Num pequeno trecho escolhido e reproduzido por Jean Touchard ficam evidentes os fundamentos para a filosofia política cristã:

<sup>3</sup> TRUYOL y SERRA, Antonio. *História de la Filosofía del Derecho y del Estado I*. 5. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1976. p. 260.

<sup>4</sup>Cf. TOUCHARD, Jean (Dir). *História das Idéias Políticas*. v. 1, Mira-Sintra: Publicações Europa-América, s/d. pp.118-119.

<sup>5</sup>SABINE, George H. *História das Teorias Políticas*. Rio de Janeiro/Lisboa: Editora Fundo de Cultura, 1964. pp.189-190.

## O PENSAMENTO POLÍTICO MEDIEVAL: SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO

“Que toda a pessoa se submeta às autoridades superiores; porque não existe autoridade que não venha de Deus e as autoridades que existem foram instituídas por Deus. É por isso que aquele que resiste à autoridade resiste à ordem que Deus estabeleceu e aqueles que resistem atrairão uma condenação sobre si próprios. Desejas não temer a autoridade? Pratica o bem e terá a sua aprovação. O magistrado é servidor de Deus para teu bem.”<sup>6</sup>

Tendo ficado clara a origem do poder e o dever de obediência à autoridade revestida pela vontade de Deus, avança-se na questão da dualidade e na coexistência de poderes. Assim sendo, escreve Sabine:

“o cristianismo postulou um problema desconhecido no mundo antigo – o problema da Igreja e do Estado (...). A novidade da posição cristã residia na suposição da dualidade de natureza no homem e do controle sobre a vida humana (...). A distinção entre coisas espirituais e temporais constituía a essência da evidente opinião cristã. (...) o cristão estava inevitavelmente obrigado a cumprir um duplo dever, situação essa inteiramente desconhecida da antiga ética pagã. Devia ele não apenas dar a César o que era de César, mas a Deus o que era de Deus; contudo, se entrassem em conflito, não havia dúvida de que devia obedecer a Deus e não ao homem.”<sup>7</sup>

Em suma, essas asserções memoráveis de São Paulo acerca da obediência cívica transformada em louvada retidão oficializavam igualmente uma fidelidade dividida, pois ao cristão cabia saber conviver com o poder espiritual (Igreja, Papa e bispos) e com o poder temporal (Estado, Imperador e reis). A defesa da supremacia do poder espiritual e da autoridade eclesiástica sobre a laica proclamada por doutores, canonistas e Padres da Igreja, na Alta Idade Média, desencadeará numa etapa posterior (séculos XII e XIII) um crescente processo de lutas intermináveis entre o Papado e os Imperadores<sup>8</sup>. Tais lutas favorecem a emergência de doutrinas políticas que justificavam a hegemonia do poder religioso sobre o poder civil, a natureza e os fundamentos das formas de governo, a institucionalização política das relações pessoais de fidelidade e hierarquia, e, por fim, a pulverização do feudalismo sobre a noção de soberania<sup>9</sup>.

## 2. Pensamento Político em Santo Agostinho

Possivelmente, o mais destacado pensador cristão da Patrística e de toda a primeira fase da Idade Média foi Santo Agostinho. Sua obra reproduz uma síntese admirável da cultura clássica antiga com o legado judaico-cristão através da interpretação pauliniana. Além disso, na sua juventude, antes de sua conversão ao Cristianismo

<sup>6</sup> TOUCHARD, Jean. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>7</sup> SABINE, George H. *Op. cit.*, pp. 189-191.

<sup>8</sup> MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. *História das Doutrinas Políticas desde a Antigüidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar/UnB, 1983. pp. 76-83.

<sup>9</sup> TOUCHARD, Jean. *Op. cit.*, pp. 185-193.

(relatada em suas Confissões), recebeu influências do neoplatonismo (Plotino), do ceticismo e do maniqueísmo<sup>10</sup>, revelando-se, ao longo de sua vasta produção (acima de 200 cartas, mais de 500 sermões e 113 tratados), um profundo e eloqüente filósofo-teólogo. A filosofia de Platão e os ensinamentos de São Paulo foram decisivos para a estruturação filosófica de sua doutrina teológica. Suas principais idéias se tornaram repositório inesgotável que serviu de orientação filosófica e espiritual para todo o pensamento cristão (doutrinas da predestinação e da salvação), quer entre pensadores católicos, quer entre autores protestantes. Seus trabalhos mais conhecidos e de forte presença em todo o pensamento medieval foram: *As Confissões* e *A Cidade de Deus*. Em suas célebres *Confissões*, Santo Agostinho narra a trajetória de sua infância, juventude, maturidade, formação intelectual, relações com a progenitora Mônica e fundamentalmente sua conversão e autopenitência diante das seduções, devassidões e incertezas do mundo pagão<sup>11</sup>.

Em seu livro maior, *A Cidade de Deus*, escrito entre 412 e 427, procura defender o cristianismo da acusação feita pelos pagãos de ter sido responsável, ao abandonar a proteção dos deuses antigos, pela tomada e saque de Roma (410), feita por Alarico. Santo Agostinho argumenta que a fragilidade e a desgraça do Império Romano frente aos godos se devia muito mais à dissolução dos costumes e ao culto do politeísmo<sup>12</sup>.

A reflexão proposta pelo Bispo de Hipona em sua mais significativa obra é a de que a história humana tem percorrido um eterno dualismo entre a cidade de Deus (*Civitas Dei, Civitas coelestis*), fundada por Abel e integrada por entes libertos do pecado, em peregrinação ao céu e muito próximos do ser divino, e a cidade terrena (por vezes chamada de *civitas diaboli*), formada por homens descendentes de Caim, marcados pelo pecado, que não vivem na fé, comungam com os valores e exigências do mundo pagão. Assim, está presente no pensamento agustiniano o dualismo maniqueísta da cidade celestial que, corporificada pela Igreja, se ocupará dos interesses espirituais e reinará soberana sobre seus inimigos, e da cidade civil identificada com o Estado temporal que se encarregará das coisas materiais<sup>13</sup>. As duas cidades existem, lado a lado, e continuarão até o final dos tempos, quando então a cidade de Deus subsistirá para constituir a eternidade dos santos. Tal distinção das duas cidades que partilham a existência humana entre si fica bem expressa quando ele divide a humanidade “em dois grandes grupos: um, o dos que vivem segundo o homem; o

<sup>10</sup> Tratava-se de seita fundada um século antes do cristianismo, pelo persa Maniqueu, que defendia uma natureza dualista, onde a existência era resultado do conflito entre o Bem e o Mal.

<sup>11</sup> Consultar, nesse sentido: AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Abril Cultural.

<sup>12</sup> Cf. SABINE, George H. *Op. cit.*, p. 195; RUSSELL, Bertrand. *Op. cit.*, pp. 57-67; TOUCHARD, Jean. *Op. cit.*, pp. 136-138; GILSON, Etienne. *Op. cit.*, pp. 196-202; STRATHERN, Paul. *Santo Agostinho em 90 minutos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 30 e segs.; PRELOT, Marcel; LESCUYER, Georges. *Histoire des Idées Politiques*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1977. pp. 159-160.

<sup>13</sup> Cf. WECKMANN, Luis. *El Pensamiento Político Medieval y los Orígenes del Derecho Internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. pp. 110-111.

O PENSAMENTO POLÍTICO MEDIEVAL:  
SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO

outro, o daqueles que vivem segundo Deus. Misticamente, damos aos dois grupos o nome de cidades, que é o mesmo que dizer sociedades de homens. Uma delas está predestinada a reinar eternamente com Deus; a outra, a sofrer eterno suplício com o diabo.”<sup>14</sup>

Em outra passagem, Agostinho descreve as duas modalidades de amor que edificaram as cidades: “(...) o amor-próprio, que leva ao desprezo por Deus, fez a cidade terrena; o amor a Deus, que leva ao desprezo por si próprio, erigiu a cidade celestial”<sup>15</sup>.

Ainda que Agostinho não tenha sido um teórico ou filósofo da política, sua obra oferece ricos subsídios para a interpretação sobre as relações entre Estado e Igreja, os fundamentos da lei natural e da lei positiva, a questão da legitimidade do poder dos governantes, a formulação cristã da idéia de justiça e a discussão acerca do significado da guerra justa. Portanto, as idéias agustinianas de matiz política devem ser buscadas numa leitura atenta da eloqüente, determinista e apologética “*A Cidade de Deus*”. Certamente, essa notável obra do século V, que aglutina teologia, filosofia, história e política, e se revela “ardente e grandiosa”, no dizer de Jean Touchard,

“não expõe propriamente uma doutrina; toda ela é recheada de sentimentos contraditórios; representa acima de tudo a meditação apaixonada de um adepto do cristianismo, romano pela cultura, que, ante o desmoronamento de um império agonizante, se sente dilacerado entre a desorientação, o desejo de enfrentar as contingências imediatas e a certeza profunda de que tal derrocada irá originar algo de eterno. Esta meditação acerca da história universal encontrou um duradouro eco, mas deformante, em toda a Idade Média. Serviu para alicerçar uma doutrina política que, (...) programatizará a absorção do Direito do Estado pelo da Igreja.”<sup>16</sup>

Desse modo, a teologia política agostiniana traça os marcos iniciais de uma doutrina do Estado e fornece os elementos teóricos para a justificação política da Igreja ocidental. Não só o Estado apresenta limites que a Igreja não conhece, como só poderá integrar-se à Cidade de Deus subordinando-se à Igreja em todos assuntos ou gestões espirituais<sup>17</sup>.

A respeito das considerações de Santo Agostinho sobre lei natural e lei positiva, convém lembrar que são retomadas a tradição da antigüidade clássica (os sofistas, Sêneca e Cícero) e as interpretações dos primeiros autores cristãos (São Paulo, Clemente de Alexandria, Orígenes, Tertuliano, Lactâncio e São Jerônimo). Superando o panteísmo greco-romano e a pouca sistematicidade de seus predecessores da Patrística, o Bispo

<sup>14</sup> AGOSTINHO, Santo. *A Cidade de Deus (contra os pagãos)*. Parte II, 2. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Federação Agostiniana Brasileira, 1990. Livro XV, cap. I, 1. p. 173.

<sup>15</sup> AGOSTINHO, Santo. *Op. cit.*, Livro XIV, cap. XXVIII. p. 169. Consultar a redação dado por: TOUCHARD, Jean. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>16</sup> TOUCHARD, Jean. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>17</sup> Cf. RUSSELL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 65; TOUCHARD, Jean. *Op. cit.*, p. 141; SABINE, George H. *Op. cit.*, p. 198.

de Hipona, elabora uma doutrina unitária e coesa que permite harmonizar o cristianismo com as idéias de lei eterna, natural e humana. Desse modo, a lei primeira é a lei eterna que expressa a “razão divina e a vontade de Deus”. Já a lei natural que se manifesta na consciência, não é senão “a participação da criatura racional na ordem divina do universo (...). A lei eterna, que tem Deus por autor e se manifesta na intimidade da consciência humana como lei ética natural, é o fundamento das leis humanas ou temporais, de tal sorte, nada nessas é justo e legítimo, que não derive daquela. Em uma palavra: o Direito positivo se baseia no Direito natural, que a sua vez é um aspecto da lei eterna.”<sup>18</sup>

O Direito não se fundamenta pura e simples na natureza humana (como se propunha na antigüidade), pois a natureza, sendo cingida pelo pecado, faz com que a legitimidade da legalidade temporal seja buscada numa ordem divina do mundo.

Tendo presente o “pessimismo antropológico” de Santo Agostinho, compreendem-se suas idéias sobre lei, justiça, governo e guerra justa. Naturalmente, a concepção de justiça verdadeira só se efetiva no âmbito do cristianismo, vivenciado pelas práticas do amor e da caridade. Na reinterpretação do conceito, Agostinho assinala que a justiça “resulta numa qualidade que abrange devoção. Crer, venerar e adorar a Deus e dar à sua Igreja o lugar que lhe compete na comunidade, tudo isso está agora incluído no conceito de Justiça”<sup>19</sup>.

O “agustinismo político” engendrado na *Cidade de Deus* defende uma concepção teocrática de poder, em que a Igreja Cristã tem toda a legitimidade de jurisdição sobre a Sociedade política. Por conseguinte, a autoridade que exerce o poder terreno só será perfeita se for um governante cristão. No contexto de uma mundialidade marcada pelo pecado, qualquer que seja a forma de ser do governo, este deverá contribuir na “tarefa espiritual de ajudar a Igreja na sua luta contra a maldade inata do homem, por meio de ordens e castigos”<sup>20</sup>. Por fim, outro aspecto da filosofia política de Santo Agostinho é sua conhecida doutrina da guerra justa entre impérios e repúblicas. Justifica-se, assim, a utilização das armas e da guerra quando for a última possibilidade para a autoridade legítima enfrentar a injustiça e castigar os inimigos externos<sup>21</sup>.

### 3. Filosofia Política em Santo Tomás de Aquino

Uma nova etapa da Idade Média na Europa Ocidental se descortina entre os séculos XI e XIV. O século XI começa a registrar uma certa crise e declínio do feudalismo, novas ordens religiosas são criadas, a Igreja Romana passa por profunda reforma, tendo passado pelo *Cisma do Oriente* (a Igreja Oriental rompe com a Igreja Ocidental) e pela disputa conhecida como a “*questão das investiduras*” (controvérsia

<sup>18</sup> TRUYOL y SERRA, Antonio. *Op. cit.*, pp. 276-277.

<sup>19</sup> FRIEDRICH, Carl J. *La Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 61. Observar também: TRUYOL y SERRA, Antonio. *Op. cit.*, p. 280.

<sup>20</sup> FRIEDRICH, Carl J. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>21</sup> Cf. TRUYOL y SERRA, Antonio. *Op. cit.*, p. 281; FRIEDRICH, Carl J. *Op. cit.*, p. 62.

## O PENSAMENTO POLÍTICO MEDIEVAL: SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO

entre Gregório VII e o Sacro Império Romano-Germânico). No século XII, além do conflito permanente entre o papado e o império ocorrem também as primeiras cruzadas e emerge a Escolástica. O apogeu cultural da Baixa Idade se efetiva no século XIII, período que corresponde ao enfraquecimento da nobreza feudal, ao crescimento da população, à expansão do comércio, ao desenvolvimento das cidades livres e das associações mercantis. Enquanto a Igreja Católica (através do Papa Gregório IX) criava o Tribunal da Santa Inquisição (para combater o surto das heresias), as grandes sínteses filosóficas universais começavam a ser celebradas na Universidade de Paris, destacando-se o ensino da dialética e da teologia<sup>22</sup>.

É, contudo, no século XIV que começa a dissolução das instituições até então hegemônicas (Igreja e Sacro Império), o aumento do poder real com o aparecimento das monarquias nacionais (França, Inglaterra), o desgaste e eclipse do papado, a emergência do reformismo filosófico e da secularização na política.

Se a Patrística foi o momento cultural mais significativo da primeira fase da Idade Média Ocidental, a Escolástica representou o ápice da produção intelectual, filosófica e teológica da Europa cristã nos séculos XII e XIII. Como corrente filosófica hegemônica dominada pela forte presença dos dominicanos,

“(…) seu principal objetivo era demonstrar, por um raciocínio lógico formal, a autenticidade dos dogmas cristãos. A filosofia devia desempenhar um papel auxiliar na realização deste objetivo; por isso, a tese de que ‘a filosofia está ao serviço da teologia’ foi o princípio básico da Escolástica. Esta procurava, também, utilizar para a fundamentação dos dogmas cristãos, as teorias dos pensadores antigos, em especial de Aristóteles que, a partir do século XII, chega a ser uma autoridade inapelável, na filosofia e na ciência. Deste modo, a Escolástica medieval procurava colocar um fundamento filosófico sob todo o edifício da fé.”<sup>23</sup>

Santo Tomás de Aquino, dominicano nascido na Itália, foi não só o nome mais expressivo da Escolástica, como, sobretudo, um dos mais importantes pensadores do Ocidente Medieval. Após estudar com seu mestre Alberto Magno e tornar-se professor de teologia em Paris, Santo Tomás procurou realizar a grande síntese entre a cultura pagã antiga (a “razão” aristotélica) e os ensinamentos e os dogmas da Igreja Católica (a teologia cristã da “revelação” e da “fé”). Assim, “diante das idéias pré-cristãs de Aristóteles sobre Deus, o universo e o homem, Tomás de Aquino insistia que um bom pagão poderia mostrar que as opiniões do filósofo não conflitavam com as da Escritura. Achava também que ele e sua geração tinham muito o que aprender com Aristóteles”<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Cf. GILSON, Etienne. *Op. cit.*, pp.415-416.

<sup>23</sup> POKROVSKI, V. S. (Dir). *História das Ideologias: do escravagismo ao feudalismo*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1973. pp. 142-143. Consultar igualmente: RUSSELL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 147-154; MUÑOZ, Andréa Barcala. La Edad Media. In: VALLESPIN, Fernando (ed.). *Historia de la Teoría Política, 1*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. pp. 280-282. Sobre o papel da Escolástica na construção da teoria política renascentista, ver: SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. pp. 70-86.

<sup>24</sup> BLACK, Antony. “São Tomás de Aquino: o Estado e a moralidade”. In: REDHEAD, Brian (Org.). *O Pensamento Político de Platão à OTAN*. Rio de Janeiro: Imago, 1989. p. 6

Enquanto Santo Agostinho se embasa em Platão e São Paulo, proclamando a “fé” como instrumental de compreensão teológica, Santo Tomás recupera Aristóteles através das versões árabes e judaicas, apregoando a qualidade e o uso humano da “razão”. Distancia-se da visão pessimista agustiniana sobre a natureza humana, pois mesmo que o homem tenha caído no pecado é capaz de discernir o bem e o mal, e guiado pela razão (inspirada na luz divina) habilita-se a conhecer a verdade e praticar a virtude<sup>25</sup>.

Ainda que se tenha consagrado como teólogo e filósofo, Santo Tomás de Aquino não deixou de ser também um competente pensador político que, ao seguir e trazer para o cristianismo as formulações aristotélicas da natureza política do homem, discorre com profundidade sobre uma teoria do poder, do Estado e do bem comum, uma teoria da natureza das leis, uma teoria da resistência à injustiça e, por fim, uma teoria das formas de governo. Nesse ponto, suas principais idéias políticas aparecem com destaque na monumental *Suma Teológica* e no ensaio inacabado *Do Reino ou do Governo dos Príncipes ao Rei de Chipre*<sup>26</sup>. Na verdade sua obra é numerosa, mas a *Suma Teológica* (*Summa Theologica*) expressa a sistematicidade de uma ciência filosófica e teológica, fonte inspiradora de grande parte da Idade Média cristã e do início dos tempos modernos. Com acuidade e rigor trata metodologicamente de matérias como lógica, metafísica, antropologia, ética, teologia e política (em que examina e expõe com riqueza de conhecimento questões sobre a natureza das leis).

Partindo de premissas aristotélicas, Santo Tomás constrói uma doutrina teológica do poder e do Estado. Primeiramente, compreende que a natureza humana tem fins terrenos e necessita de uma autoridade social. Se o poder em sua essência tem uma origem divina, é captado e se realiza através da própria natureza do homem, capaz de seu exercício e sua aplicação. Certamente, tanto o poder temporal quanto o poder espiritual foram “instituídos por Deus. Deus é o criador da natureza humana e, como o Estado e a Sociedade são coisas naturalmente necessárias, Deus é também o autor e a fonte do poder do Estado. (...) o Estado não é uma necessidade do pecado original”<sup>27</sup>. Enquanto o homem necessita do Estado, este deve servir a comunidade dos cidadãos, promovendo a moralidade e o bem-estar públicos, efetivando sua plena missão de incentivar uma vida verdadeiramente boa e virtuosa, e criando as condições satisfatórias do bem-comum<sup>28</sup>. Por conseqüência, os fins do Estado são fins morais (o bem-estar de toda comunidade), sendo que os cidadãos estão comprometidos com um fim temporal (representado pela autoridade estatal) e com um fim espiritual (corporificado pela Igreja, que atua como instância maior)<sup>29</sup>. O poder do Estado não fica subordinado de forma absoluta ao poder da Igreja (como defendia Santo Agostinho), mas sim de modo relativo; a autoridade da Igreja é superior em matéria espiritual.

<sup>25</sup> Cf. BLACK, Antony. *Op. cit.*, pp. 65-66.

<sup>26</sup> Nesse aspecto, consultar em português a tradução e organização da *Suma Teológica* (a parte relacionada às leis) e *Do Reino ou Governo dos Príncipes ao Rei de Chipre* feita por Francisco Benjamin de Souza Neto. In: *Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino*. Petrópolis: Vozes, 1997.

<sup>27</sup> GRABMANN, Martín. *Santo Tomás de Aquino*, 2. ed. Barcelona: Labor, 1945. p. 140.

<sup>28</sup> GRABMANN, Martín. *Op. cit.*, pp. 142-143. Ainda sobre o “bem-comum”, ver: TRUYOL y SERRA, Antonio. *Op. cit.*, p. 349; BLACK, Antony. *Op. cit.*, p. 70.

<sup>29</sup> Cf. CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 214.

## O PENSAMENTO POLÍTICO MEDIEVAL: SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO

Da confluência de elementos extraídos de Aristóteles, dos estóicos e de Santo Agostinho, Santo Tomás elabora uma notável e precisa filosofia político-jurídica da natureza das leis<sup>30</sup>. O mérito de sua construção está na fundamentação racionalista da legalidade, e na sistematicidade e na distinção das leis em geral (lei eterna, lei natural, lei humana e lei divina). Para o autor da *Suma Teológica*, a razão adquire uma primazia sobre a vontade, impondo-se o intelectualismo helênico sobre o voluntarismo da metafísica paulino-agustiniana. Nesse sentido, o conceito de lei é formulado no âmbito do intelecto, da razão. Ora, se “só a razão pode ser regra ou medida, e como a lei é regra e medida das ações humanas, é evidente que esta última há de depender da razão. Se, pelo contrário, definir a lei partindo da vontade não determinada pela razão, chega-se mais à injustiça do que ao Direito. (...) A vontade é só o meio pelo qual a razão põe em vigor a realização de seus planos.”<sup>31</sup>

A lei eterna “é a razão suprema existente em Deus”<sup>32</sup> e está acima de todas as outras, regulamentando toda a ordem da criação divina, presidindo os fenômenos naturais e a existência humana. Estando além da natureza física do homem, este só poderá ter uma compreensão parcial da lei eterna mediante a faculdade da razão instrumentalizada na lei natural. A lei natural é a manifestação incompleta e imperfeita da lei eterna em todos seres humanos. A lei natural é produzida pela razão, determinando a prática de atos virtuosos, sendo comum a todos, cristãos e pagãos<sup>33</sup>. Dentre alguns de seus preceitos essenciais constam: “discriminar entre o bem e o mal; fazer o bem e fugir do mal; não molestar aqueles entre os quais se tem de viver; inclinar-se a uma vida onde se concretiza a natureza racional do homem e que é a vida em sociedade (...)”<sup>34</sup>. A lei humana deriva da lei natural, e nela se inspira, sendo destinada a presidir as ações ou os atos humanos. A lei humana é variável, imperfeita e organizada pelo poder da própria sociedade, aparecendo o costume como a fonte maior e mais rica, podendo a lei positiva dividir-se em “*jus gentium*” (Direito das gentes) e “*jus civile*” (direito civil)<sup>35</sup>. Por último, a lei divina, que não é descoberta da razão, mas revelação proveniente das Sagradas Escrituras (Velho e Novo Testamento), destinada a sanar as imperfeições da lei humana. Com efeito, apenas há uma única lei divina, que está “mais próxima da lei eterna (...) do que a lei natural, tanto quanto é mais alta a revelação da graça do que o conhecimento da

<sup>30</sup> Consultar sobre a diversidade das leis em Santo Tomás de Aquino: “Suma de Teologia”. *Escritos Políticos*. I parte da segunda parte, questões 90-97. Tradução de Francisco B. de Souza Neto. *Op. cit.*, pp. 35-122.

<sup>31</sup> WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1962. pp. 54-55. Observar: arts. I-IV, questão 90. “Suma de Teologia”. *Op. cit.*, pp. 35-42.

<sup>32</sup> AQUINO, Santo Tomás de. “Questões sobre a Lei na Suma de Teologia”. *Op. cit.*, cf. Questão 93, arts. I-VI, pp. 59-72.

<sup>33</sup> Cf. SABINE, George H. *Op. cit.*, p. 252-253; TRUYOL y SERRA, Antonio. *Op. cit.*, p. 342; WELZEL, Hans. *Op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>34</sup> CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 216.

<sup>35</sup> Sobre a “lei natural”, observar: AQUINO, Santo Tomás de. *Op. cit.*, Questão 94 (arts. I-VI, pp. 73-86). Quanto à utilidade, origem, qualidade e divisão da “lei humana”, consultar: Questões 95 (arts. I-VI, pp. 86-95), 96 (arts. I-VI, pp. 96-109) e 97 (arts. I-VI, pp. 109-117). Interessante exposição sobre o Direito comunitário positivo na Idade Média encontra-se em: LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1978. pp. 69-107.

natureza”<sup>36</sup>. Ora, a concepção geral de Direito (lei natural e positiva) conduz ao objeto da justiça.

Segundo Truyol y Serra, a teoria tomista da justiça “é um desenvolvimento sistemático de Aristóteles com traços da jurisprudência romana (...). A Justiça é aquela virtude da vontade que ordena ao homem nas coisas relativas a outro. Implica igualdade, e esta igualdade se estabelece em relação ao outro”<sup>37</sup>. Portanto, é a proporcionalidade entre duas pessoas ou entre os indivíduos e a comunidade, daí advindo um conceito de justiça comutativa e de justiça distributiva. As propriedades essenciais da justiça são configuradas nas premissas de: a) alteridade e b) exigência de um dever<sup>38</sup>. A injustiça e a tirania, quando se tornam intoleráveis e quando se esgotam todas as possibilidades de resolução, conduzem a uma doutrina da resistência civil que é extraída das formulações sobre as leis e sobre o poder. Como escreve Chevallier, “tanto na *Suma Teológica* como no *De Regno*, São Tomás de Aquino faz as mais expressas restrições à obediência devida a um príncipe que abandona a busca do bem comum e transgredir a lei natural”<sup>39</sup>. Mas, qual a atitude que a comunidade deve tomar se o regime for injusto e o governante não exercer o poder em função do bem comum? Se a dominação for intolerável não é lícito matar o tirano cruel, mas cabe ao povo reduzir os poderes ou destituir o monarca, rompendo seus laços de obediência e fidelidade eterna. O abuso da autoridade pública colocada no poder pelo povo dá direito a este de sublevar-se e de nomear um outro governante mais moderado e justo<sup>40</sup>.

E por fim, seguindo também uma tradição que remonta a Aristóteles com aproximações na doutrina cristã da origem divina do poder, o Aquinatense apresenta, na obra “*Do Reino ou do Governo dos Príncipes ao Rei de Chipre*”, uma teoria das formas de governo, em que distingue monarquia, aristocracia, oligarquia, democracia e uma forma mista (combinação de aristocracia com democracia)<sup>41</sup>. Existe legitimidade em todo governo desde que seus responsáveis (receberão recompensa celeste) administrem o ofício régio no interesse da coletividade de forma digna e louvável<sup>42</sup>. Sua filosofia política tende a reconhecer a monarquia (“o ótimo governo de um só”) como a melhor e a mais eficiente modalidade de governar, pois assegura “a ordem e o cumprimento da lei, com o argumento dogmático de que um rei reflete um Deus no universo. Podem-se conciliar essas passagens considerando seu governo misto, como a

<sup>36</sup> Sobre a “lei divina”: AQUINO, Santo Tomás de. *Op. cit.*, Questão 91 (arts. IV-V, pp. 48-52).

<sup>37</sup> TRUYOL y SERRA, Antonio. *Op. cit.*, p. 346.

<sup>38</sup> Elementos para a compreensão da Justiça tomista, consultar: VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977. pp. 96-105.

<sup>39</sup> CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 218.

<sup>40</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás de. “Do reino ou do Governo dos Príncipes ao Rei de Chipre”. *Escritos Políticos*. *Op. cit.*, Capítulo VII, pp. 138-142. Consultar também comentários em: CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, pp. 219-220; POKROVSKI, V. S. *Op. cit.*, p. 145; BLACK, Antony. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>41</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás de. “Do Reino ou do Governo dos Príncipes ao Rei de Chipre”. *Op. cit.*, Capítulos IV,V e VI. pp. 132-138.

<sup>42</sup> *Idem, Ibidem*. Capítulos IX e X. pp. 145-151.

## O PENSAMENTO POLÍTICO MEDIEVAL: SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO

monarquia eletiva com um parlamento consultivo”<sup>43</sup>. Assim, a monarquia é a forma preferida sem deixar de se encaminhar, na prática, para um governo misto, de equilíbrio.

É inegável, portanto, a contribuição de Santo Tomás de Aquino para o mundo medieval e para a modernidade ocidental, ao adequar harmoniosamente a cultura clássica aristotélica com o cristianismo. Mais do que sua teologia e sua filosofia, suas idéias políticas influenciaram na construção de modernas teorias acerca do Estado, dos limites da obrigação civil, do bem comum, da legitimidade do Governo e da lei natural como fundamento do Direito internacional (influência em autores como Francisco de Vitória, Francisco Suarez, Hugo Grócio e outros).

### 4. Concepções Políticas em Fins da Idade Média

Entre o século XIV e início do XV, a Europa Ocidental vivencia o recrudescimento dos conflitos entre o Papado e o Império (com a vitória deste último), o descontentamento contra a Igreja Romana e a difusão das heresias, as guerras entre a Inglaterra e a França (Cem Anos), a mortandade engendrada pela grande “peste negra” (1348), o declínio da Escolástica como movimento intelectual de maior envergadura e o lento processo de secularização do poder político. Nesse período, no âmbito da filosofia e da teologia aparece a corrente polêmica do empirismo voluntarista, denominada “nominalismo”, representada pelos filósofos franciscanos, professores em Oxford, John Duns Scotus [1270-1308?] e Guilherme de Occam [1270-1347?].

Decorrente dos confrontos entre o Papa (João XXII) e o Imperador (Luís, da Baviera), e da gradual autonomia do poder temporal sobre o espiritual, emerge o processo de secularização do Estado através das idéias políticas de alguns autores reformistas e antipapistas, como Dante Alighieri, Marsílio de Pádua e do próprio Guilherme de Occam.

Dante Alighieri (1265-1321) tornou-se conhecido não tanto como pensador político, mas muito mais como grande e poeta inovador através da consagrada *Divina Comédia*, obra máxima da literatura italiana medieval. Suas idéias políticas (consideradas, por vezes, anacrônicas), no entanto, aparecem na vigorosa *De Monarchia*, obra que, sem deixar de ser precursora, reproduz ainda uma mentalidade medieval, marcada pelo cuidado da postura predominante no trato das relações entre a Igreja Romana e o Estado<sup>44</sup>. O mérito de Dante está em apresentar um certo “secularismo” ao longo da *Monarquia*, representado pela incisiva diferenciação entre o temporal e o espiritual<sup>45</sup>. Ora, o poder do governante temporal, segundo Dante Alighieri,

<sup>43</sup> BLACK, Antony. *Op. cit.*, p. 72. Consultar também: PRÉLOT, Marcel e LESCUYER, Georges. *Op. cit.*, pp. 186-187.

<sup>44</sup> Examinar: MOSCA, Gaetano e BOUTHOU, Gaston. *Op. cit.*, p. 91; PRÉLOT, Marcel e LESCUYER, Georges. *Op. cit.*, p. 192; MUÑOZ, Andrés Barcala. La Edad Media. In: VALLESPÍN, Fernando (ed.). *Op. cit.*, pp. 305-306; SKINNER, Quentin. *Op. cit.*, pp. 38-40.

<sup>45</sup> Para apreciação mais atenta da obra, ver: ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. VIII. pp. 191-232. (Coleção *Os Pensadores*).

## ANTONIO CARLOS WOLKMER

(...) não recebe do espiritual nem a existência, nem a faculdade que é a autoridade, nem mesmo o exercício puro e simples. Recebe, sim, do poder espiritual aperfeiçoamentos acidentais (...). De onde se conclui que o poder de autorizar o reino temporal é contrário à natureza da Igreja (...) a autoridade do Império em nada depende da Igreja. (...) a autoridade do Império não é causada pela autoridade do sumo pontífice, (...), a autoridade depende imediatamente de Deus. (...). Assim, torna-se evidente que a autoridade temporal do monarca desce sobre ele, sem qualquer intermediário, desde a fonte da autoridade universal (...)<sup>46</sup>.

Fica claro que, no plano da “monarquia universal cristã”, o Imperador deve prestar contas a Deus e não ao Papa, que tem seu poder próprio, mas que não é absoluto, nem supremo<sup>47</sup>.

Pouco tempo após Dante, surge, igualmente, na própria Itália, Marsílio de Pádua [1276-1343?], não só o expoente maior do espírito secularizador para o pensamento político-jurídico, mas sobretudo aquele que levantou as críticas mais radicais ao Papado e à Igreja Romana. De seus trabalhos, o mais polêmico, que motivou condenação pontifícia e que engendrou diversas interpretações, foi Defensor da Paz (*Defensor Pacis*, recebendo colaboração de Juan de Jandún). Assumindo orientação voluntarista, cética e laicizadora, Marsílio de Pádua constrói uma teoria do poder derivada do povo, encontrando-se também na vontade popular a origem do Estado e da própria lei. A soberania do Estado é encarada como unidade criada por si mesma, não inspirada em “princípios religiosos ou teológicos. O critério dominante nele é o de uma pura utilidade social: a busca das necessidades de seus membros, para procurar remediá-las mediante a cooperação de todos”. Desse modo, o Estado “é uma comunidade perfeita que não necessita para sua existência do Império, e nem sequer da Igreja”<sup>48</sup>.

Há de se tentar entender sua postura independente e sua crítica extremada em parte pela sua desconsideração à “teologia tomista e ao direito romano: é sobretudo um polemista que exclui da sua cultura tudo aquilo que lhe faria compreender os seus adversários, utilizando contra eles um arsenal de argumentos de origem não conformista”<sup>49</sup>. No que se refere à importância e ao papel desempenhado por *Defensor Pacis*, assinala Jean Touchard que a obra reflete

“uma profunda oposição à ordem política nascida do cristianismo sob a égide do papado. Os abusos do papado e da sociedade eclesiástica são, com efeito, a causa essencial das perturbações da paz. ‘Sob uma máscara de honestidade e de decência, escreve Marsílio de Pádua (...), o papado é tão perigoso para o gênero humano que causará, se o não detiverem, um prejuízo intolerável à civilização e à pátria’.”<sup>50</sup>

<sup>46</sup> ALIGHIERI, Dante. *Op. cit.*, Livro Terceiro. pp. 222, 230-231.

<sup>47</sup> Cf. MUÑOZ, Andrés Barcala. *Op. cit.*, p. 305; CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, pp. 235-239.

<sup>48</sup> WECKMANN, Luís. *Op. cit.*, pp. 172-174. Complementar com: TRUYOL y SERRA, Antonio. *Op. cit.*, pp. 385-388; MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. *Op. cit.*, 92-93; PRÉLOT, Marcel; LESCUYER, Georges. *Op. cit.*, pp. 192-194; CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, pp. 239-247.

<sup>49</sup> TOUCHARD, Jean. *Op. cit.*, p. 227.

<sup>50</sup> *Idem, Ibidem.*

## O PENSAMENTO POLÍTICO MEDIEVAL: SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO

Em síntese, como escritor político avançado para seu tempo, despertou interesse em razão da originalidade e da ênfase secularizadora de suas idéias. Possivelmente, como observa Gaetano Mosca, foi Marsílio de Pádua o primeiro a distinguir o poder executivo do poder legislativo (este pertencente ao povo), a elaborar uma doutrina da soberania popular, a colocar o Estado eclesiástico abaixo e submetido ao Poder do legislador humano (rejeição da dualidade de poderes) e, quem sabe, o pioneiro na teorização do Estado secularizado<sup>51</sup>.

Contemporâneo de Marsílio de Pádua e discípulo espiritual de Roger Bacon, o filósofo franciscano inglês Guilherme de Occam (1270-1347) exprimiu idéias políticas menos rigorosas e radicais que o autor do *Defensor Pacis*, mas abriu novas perspectivas hermenêuticas para a teologia e para a filosofia (um nominalista na metafísica; um voluntarista na ética), levantando questões que ressurgiriam com a Reforma Protestante.

Guilherme de Occam, que no dizer de Bertrand Russel foi, “depois de Santo Tomás, o escolástico mais importante”, sem deixar de ser também um dos responsáveis por seu declínio, tendo sido, em Paris, aluno e depois rival de John Duns Scotus<sup>52</sup>. Polemizou sobre a pobreza evangélica e acabou sendo excomungado pelo Papa João XXII em Avinhão, tornando-se protegido do Imperador Luis da Baviera. Tais acontecimentos contribuíram para que ele escrevesse seus tratados político-eclesiásticos, dentre os quais o mais significativo, *Dialogus*. Sustentado no empirismo nominalista (“a razão prática como expressão da vontade pura”) e no relativismo individualista, Occam registra em seus escritos os impasses de sua época, a crítica ao clericalismo e a discordância profunda dos rumos e das imposições da Igreja Romana. Na verdade, não busca inserir ou subordinar a monarquia pontifícia no Estado laico, mas reformar profundamente a Igreja e separar os domínios temporal e espiritual<sup>53</sup>. Há que democratizar as atribuições do poder papal, disciplinar o clero e introduzir a participação de fiéis em colégios de eleitores. Mais especificamente, tanto o poder imperial não deriva do Papa, como Guilherme de Occam apregoa limitações às atribuições do Pontífice romano no plano espiritual. Este não é infalível, pode errar, e inclusive, se for herético, poderá ser punido pelo Imperador. De qualquer forma, em razão de um estado de necessidade, pode-se advogar pelo direito de resistência frente à usurpação da autoridade papal<sup>54</sup>. As premissas de seu pensamento teológico-filosófico e de suas idéias políticas ressoaram densamente nos séculos XIV e XV, sendo apreciado pelos reformistas luteranos e criticado pelo classicismo da Escolástica Espanhola (Vitória, Soto, Molina e Suarez).

<sup>51</sup> Cf. MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. *Op. cit.*, p. 93; TRUYOL y SERRA, Antonio. *Op. cit.*, p. 388; SKINNER, Quentin. *Op. cit.*, pp. 40-44.

<sup>52</sup> Cf. RUSSEL, Bertrand. *Op. cit.*, pp. 185 e 189.

<sup>53</sup> Consultar: TOUCHARD, Jean. *Op. cit.*, pp. 230-231.

<sup>54</sup> Sobre esse aspecto, examinar: TRUYOL y SERRA, Antonio. *Op. cit.*, p. 391; CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 250; MUÑOZ, Andrés Barcala. *Op. cit.*, p. 312.

## Considerações Finais

Como se procurou descrever neste ensaio, o período medieval na Europa abarca um largo tempo, convencionalmente fixado entre a queda do Império Romano no século V e a tomada de Constantinopla pelos turcos em 1453. Nesse contexto da Alta e da Baixa Idade Média, os limites estão configurados em fatos como o advento do Cristianismo, a substituição do Império Romano pela Igreja Católica e a institucionalização do feudalismo. Trata-se de uma sociedade fragmentada e senhorial num quadro de ordens, de hierarquias e de relações pessoais.

Ao privilegiar a historicidade das idéias e do pensamento político medieval, não se pode deixar de relacionar o poder, o Estado, as formas de governo e a legitimidade das leis com a cultura clerical e com a valorização extremada das forças religiosas. É essa especificidade profundamente religioso-eclesiástica da filosofia política medieval que a diferencia do pensamento político antigo (naturalístico, panteísta e cívico) e do moderno (secularizado, antropocêntrico e racionalista). Dois momentos culturais de relevância para influenciar as idéias políticas são a Patrística e a Escolástica, tendências engendradas no bojo da Filosofia e da Teologia. Ainda que primórdios de idéias políticas possam ser encontrados nas epístolas de São Paulo, a motivação por questões políticas não era apreciada pelos seguidores da Igreja Cristã primitiva nos primeiros tempos da cristandade. Somente com a proclamação do Cristianismo como religião oficial do Estado (Constantino, em 3) é que começa ideologicamente seu processo de politização, tornando a Igreja Romana poderosa e influente.

Na primeira parte da Idade Média as fontes de inspiração e embasamento (contribuições desiguais e difusas) para o pensamento político estão presentes nas Escrituras Sagradas, nas interpretações dos doutores da Igreja e nos ensinamentos dos Padres Apologetas. Nessa etapa, a contribuição de Santo Agostinho é indiscutível, oferecendo subsídios, com sua eloquência e conhecimento, para que a Igreja Cristã se tornasse herdeira universal do Império Romano. Santo Agostinho legitima a herança clássica antiga na sua fusão com a cultura cristã nascente. Como assinala Hanna Arendt, não se pode entender “o alcance e a riqueza do Santo Agostinho cristão sem se ter em conta o duplo significado de sua existência como romano e cristão, (...) ele está justamente na fronteira entre o fim da Antigüidade e o começo da Idade Média”<sup>55</sup>.

Em um segundo momento na Europa Ocidental, o tema nuclear que servirá de fonte para a filosofia política está na questão da origem, da legitimidade de exercício e da dualidade dos poderes. Trata-se da grande polêmica político-ideológica: as relações entre Estado e Igreja, os conflitos entre o poder espiritual e o poder temporal. Afinal, a autoridade verdadeira e legítima na chefia da cristandade será o Papa ou o Imperador? O debate é enriquecido com as formulações mais técnicas, rigorosas e sistemáticas dos grandes teólogos da Escolástica, como Santo Tomás de Aquino. Produto de admirável

<sup>55</sup> ARENDT, Hanna. *O Conceito de Amor em Santo Agostinho*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d, p. 174.

### O PENSAMENTO POLÍTICO MEDIEVAL: SANTO AGOSTINHO E SANTO TOMÁS DE AQUINO

síntese entre o legado helênico-aristotélico com as teses filosóficas e teológicas cristãs, a doutrina tomista, buscou dar uma fundamentação racionalista aos dogmas revelados pela Igreja. Mesmo tendo encontrado inicialmente resistência ao seu pensamento por parte da cultura clerical e do meio acadêmico – dominados pelo platonismo agustiniano – ao estabelecer a perfeita conciliação entre a “fé” (revelação) e a “razão”, acabou impondo-se como o maior de todos os escolásticos e estruturando uma filosofia que se tornou a orientação oficial da Igreja Romana. As proposições políticas de Santo Tomás de Aquino foram extremamente importantes para um número cada vez maior de pensadores a partir do século XIV, contribuindo com modelos de fundamentação racional na análise de instituições, legitimidade do poder, fins do Estado e natureza da doutrina dos direitos naturais.

Certamente, um emergente pensamento político não conformista e radical – precursor de muitas das teses que dominaram o Renascimento, a Reforma Protestante e o Iluminismo – poderá ser encontrado nas obras de autores como Marsílio de Pádua e Guilherme de Occam. Cumpre destaque, enfim, ao reitor da Universidade de Paris, por sua visão avançada e corajosa em proclamar a origem humana e não sagrada do poder político, e em defender a inteira subordinação do poder eclesiástico à jurisdição do Estado laico, expressão da unidade política dos cidadãos. Em suma, a filosofia política medieval é de fundamental importância para a cultura europeia ocidental enquanto liame de transposição do humanismo universalista greco-romano e de gestação das raízes do pensamento racional-individualista da sociedade moderna.

### Referências Bibliográficas

- AGOSTINHO, Santo. *A Cidade de Deus (contra os pagãos)*. Parte II, 2. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Federação Agostiniana Brasileira, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Confissões*. São Paulo: Abril Cultural.
- ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. VIII. (Coleção Os Pensadores).
- ARENDT, Hanna. *O Conceito de Amor em Santo Agostinho*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.
- BLACK, Antony. “São Tomás de Aquino: o Estado e a moralidade”. In: REDHEAD, Brian (Org.). *O Pensamento Político de Platão à OTAN*. Rio de Janeiro: Imago, 1989.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- FRANCO JÚNIOR, Hilário. *Feudalismo: uma sociedade religiosa, guerreira e camponesa*. São Paulo: Moderna, 1999.
- FRIEDRICH, Carl J. *La Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.
- GILSON, Etienne. *A Filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- GRABMANN, Martín. *Santo Tomás de Aquino*. 2. ed. Barcelona: Labor, 1945.
- JEAUNEAU, Edouard. *A Filosofia Medieval*. Lisboa: Edições 70, 1980.

- LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1978.
- MINOGUE, Kenneth. *Política: uma brevíssima introdução*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. *História das Doutrinas Políticas desde a Antigüidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar/UnB, 1983.
- MUÑOZ, Andréa Barcala. La Edad Media. In: VALLESPÍN, Fernando (ed.). *Historia de la Teoría Política*, I. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- POKROVSKI, V. S. (Dir). *História das Ideologias: do escravagismo ao feudalismo*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1973.
- PRELOT, Marcel; LESCUYER, Georges. *Histoire des Idées Politiques*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1977.
- RUSSELL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. 3. ed. Livro Segundo. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968.
- SABINE, George H. *História das Teorias Políticas*. Rio de Janeiro/Lisboa: Editora Fundo de Cultura, 1964.
- STRATHERN, Paul. *Santo Agostinho em 90 minutos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- TOUCHARD, Jean (Dir). *História das Idéias Políticas*. v. 1, Mira-Sintra: Publicações Europa-América, s/d.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *História de la Filosofía del Derecho y del Estado I*. 5. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1976.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- WECKMANN, Luis. *El Pensamiento Político Medieval y los Orígenes del Derecho Internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1962.

## NOTAS PARA UNA CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD\*

Norman José Solórzano Alfaro\*\*

**Resumen:** Pretenden estas “Notas ...” visibilizar ciertos rasgos de algunas de las tendencias que han llevado a la inversión ideológica del principio de legalidad clásico o paleopositivista, haciendo converger, en un proceso sumamente complejo, el centralismo de las burocracias gestonarias y la reducción de lo jurídico a la ley, sacralizado mediante la teoría normativista legalista. Es pues, un intento de ahondar, desde una perspectiva histórica, en los resquicios que nuestra cultura jurídica ha ido dejando al dogmatismo y a la lectura sacrificial del principio de legalidad. Asimismo, se propone 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, de manera que se pueda enfrentar esa inversión para la recuperación, en clave emancipadora, democrática y garantista, del principio como “estricta legalidad”.

Principio de legalidad; burocracia gestonaria; centralismo; inversión ideológica; rigorismo legalista; crítica de la ley; campo jurídico.

### Nuestra Mirada y un Punto de Partida

Tomemos 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”.<sup>1</sup>

En el mismo sentido, puede decirse que

“[e]l 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)”.<sup>2</sup>

\* Sevilla, 02 de mayo de 2001

\*\* Jurista costarricense (Universidad de Costa Rica – UCR). Actualmente desarrolla su investigación doctoral en la Universidad Pablo de Olavide (UPO), Sevilla, gracias al apoyo económico de la A.E.C.I. (España). Dir.-e: *persephona2@yahoo.com*.

<sup>1</sup> Cfr. BARRACHINA, E. *Diccionario de derecho público*. Barcelona: 1992. La cita está tomada de CLAVERO, Bartolomé. *Happy constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid: Trotta, 1997, p. 222.

<sup>2</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997, p. 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 de “la ley”. Así, hay diversidad de posiciones al respecto, 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 comprensivo, 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.<sup>3</sup>.

En nuestro caso, nos posicionamos junto con aquellas corrientes más comprensivas y con sentido de la historicidad. Sin embargo, en lo que sigue, dirigiremos nuestra 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, nuestra mirada no es la del sistema, ni siquiera la del Estado de derecho; es la del *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<sup>4</sup>. De esta manera, nuestra pesquisa 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*), se convirtió en el límite (“supremo e irresistible” – Zagrebelsky) que tienen los sujetos concretos para ejercer/formular sus demandas frente al poder.

Una posible réplica a este posicionamiento puede formularse desde la idea de que, históricamente, el principio de legalidad fue un recurso de las clases burguesas para consolidar su asalto al poder y que, en definitiva, contemporáneamente no es más que una de las salvaguardas del poder económico de las burocracias privadas para sus pingües negocios y su actuación irresponsable; es decir, que el sujeto concreto, poco o nada ha contado en la historia del principio de legalidad.

<sup>3</sup> En general, sobre las peripecias del sintagma “principio de legalidad” (sus transformaciones, traducciones, reconducciones semánticas, etc.) véanse las obras de CLAVERO. *Op. cit.* espec. el capítulo III: “Imperio de la Ley y Rule of Law: tópica y léxico”, pp. 181-236; CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1999, espec. pp. 145-153; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, espec. pp. 93-97; 155-162; 373-385, y *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, espec. el cap. I: “El Derecho como sistema de garantías”, pp. 15-35; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.* espec. pp. 21-30.

<sup>4</sup> ¿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, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Traducción y notas de Antonio Gimeno Cuspiner. Valencia: Pre-Textos, 1998.

Quizá no podamos contestar ese cuestionamiento; pero, lo cierto es que no podemos desentendernos, dogmáticamente, del principio de legalidad por su origen clasista, pues eso significaría olvidar el papel que ha tenido en la realización de un Estado de derecho, particularmente en lo que a una mayor sujeción de los sistemas penales a la observancia y cumplimiento de las garantías fundamentales se refiere (aunque fuera en el estricto sentido del programa liberal). Sin embargo, como tampoco nos podemos desentender del cuestionamiento formulado, no debemos obviar los errores y las arbitrariedades que se han cometido en la implementación del mismo principio de legalidad y las que se estén cometiendo, pues ante esos *portillos* para la violencia y la intolerancia no podemos quedarnos indolentes, sino que eso nos exige una mirada atenta y una actitud crítica y prospectiva permanente.

En todo caso, adviértase que nuestra reflexión tiene en vista la formulación *clásica* o, si se quiere, *liberal*, del principio de legalidad y su implementación. Es, de otro modo, una crítica a la formulación *paleopositivista*<sup>5</sup> del principio de legalidad. Pero se trata de una crítica en el sentido de F. Hinkelammert – quien, a su vez, reenvía a Kant-, es decir, no es una crítica catastrofista del tipo del pensamiento de abolición<sup>6</sup>, que pretende anular y deshechar lo criticado, sino que elucida y reubica los elementos *recuperables* en una nueva perspectiva. En ese sentido, el esfuerzo crítico pretende, en la medida de lo posible y sin falsas expectativas, desactivar la carga *sacrificial* que entraña el mismo principio de legalidad en la tendencia del *rigorismo legalista* o *legalismo*. Sólo así entendemos que, en una línea afín al garantismo, su postulación hoy día resulta aún pertinente y, en cierta medida, un parámetro útil para el control del poder.

## 1. Acerca 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 (*El Espíritu de las Leyes*)<sup>7</sup> y posteriormente, en la parcela penalística, en C. Beccaria (*Tratado de los delitos y de las penas*)<sup>8</sup>. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el contexto en el que

<sup>5</sup> Cfr. FERRAJOLI. *Derechos y garantías...*, *supra cit.*

<sup>6</sup> Sobre el pensamiento de abolición, véanse las reflexiones de HINKELAMMERT, Franz J. “Utopismos y utopías de la modernidad. Acerca de la Crítica a la razón utópica” (entrevista realizada por Norbert Arntz, el 22 de junio de 1994, con motivo de la publicación de la edición alemana del libro *Crítica a la Razón Utópica*), en DÚQUE, José (et. al.). *Itinerarios de la Razón Crítica: Homenaje a Franz Hinkelammert en sus Setenta Años*. San José: DEI, 2001, pp. 61-78.

<sup>7</sup> “... *la bouche qui prononces 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.

<sup>8</sup> 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.

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 ley) a legislación estatal<sup>9</sup>.

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 (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 privado se libraba al *automatismo* de la autonomía individual y el cumplimiento de los contratos<sup>10</sup>.

Es lo que se podría denominar el prejuicio de la *omnicomprensión* o *totalización* del derecho legislado. Los procesos de *codificación* que se impulsaron desde la segunda mitad del siglo XVIII y tomaron plena forma en el siglo XIX, forman 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. Estos 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”<sup>11</sup>. 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

<sup>9</sup>“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 [*justicia* – N.J. S.A.] 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. *Op. cit.* p. 201 – las cursivas son del original).

<sup>10</sup>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. Es la ficción del *automatismo del mercado* (F. Hinkelammert).

<sup>11</sup> Cfr. FERRAJOLI. *Derecho y razon ...*, p. 18.

## NORMAN JOSÉ SOLÓRZANO ALFARO

estatales competentes<sup>12</sup> y, por otro lado, la emergencia de una línea bastarda que pretendía la juridificación de *todas* las esferas o aspectos de la realidad<sup>13</sup>. 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<sup>14</sup>.

De esta forma, el *modelo bizantino*, 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<sup>15</sup> vuelve, de manera ideológicamente solapada pero políticamente abierta, a regir los derroteros de la ciencia y la práctica del derecho. Así, en adelante, el *signo de la ley* tendrá dos caras: por un lado, el modelo del derecho será el del Código civil, basado en la doctrina, en clave individualista, de los derechos y deberes subjetivos, la libertad contractual y la propiedad privada, por otro lado, la interpretación quedará proscrita si no toma la forma de la interpretación restringida, camino de la Exégesis francesa y ni siquiera superado por la Pandectística alemana más formalista y conceptualista.

La razón jurídica moderna ha generado, por sucesivas abstracciones, un desplazamiento en la figura del sujeto: del *hombre* (*sic.*, es el *tiempo* de la razón patriarcal) al *ciudadano*, que es el buen burgués, y de éste a la ficción de *persona jurídica*, como *centro de imputación de derechos y deberes* (Kelsen) o, de otro modo, como capaz de acordar y comprometerse contractualmente<sup>16</sup>.

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

<sup>12</sup>Para un desarrollo histórico de este proceso, véase ORESTANO, Riccardo. *Introducción al estudio del derecho romano*. trad. y notas de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1997.

<sup>13</sup>Una sugestiva línea de investigación respecto de esta tendencia es la iniciada por Michel FOUCAULT, particularmente a partir de "La volonté de savoir". (*Historia de la sexualidad i. La voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI), con su propuesta sobre la *biopolítica*; asimismo, véase AGAMBEN, *Op. cit.* Este prejuicio (¿mito?) de la *totalización del derecho legislado* es 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 de la expresión "todo lo que no esté prohibido está permitido", que es su fórmula paradigmática.

<sup>14</sup>Véase CLAVERO. *Op. cit.*

<sup>15</sup>El "*Escrito viviente*" del que habla Pierre LEGENDRE ("Los amos de la Ley. Estudio sobre la formación dogmática en el régimen industrial", en MARÍ, E. E. (et al.), *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*. 2ª ed. Buenos Aires: Edicial, 1994, pp. 129-168).

<sup>16</sup>Para una discusión sobre los derechos de ciudadanía y derechos de las personas, véase FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías* ..., espec. el cap. 4: "De los derechos del ciudadano a los derechos de las personas", pp. 97-123. Asimismo, ha sido la crítica feminista una de las punteras en el desmontaje de estas ficciones y desplazamientos: para una bibliografía amplia sobre los aportes de la crítica feminista, véanse los materiales de las XVIII JORNADAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA, realizadas en la Universidad de Granada, los días 5 y 6 de abril de 2001, particularmente las ponencias de RUBIO, Ana. "Aportaciones del feminismo al principio de igualdad", BODELÓN, Encarna. "Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia" y HERRERA FLORES, Joaquín. "Feminismo y materialismo: hacia la construcción de un espacio social ampliado" (en espera de publicación).

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. Esta es una tarea que no será desarrollada en esta ocasión, lo cual no es óbice para formular estas sugerencias. Para la primera línea, dada la supuesta igual libertad de los individuos del contrato social (más Locke que Rousseau), éstos eran *soberanos* – ¿génesis de la ficción voluntarista-idealista de la autonomía individual?– y no podía imponérseles ningún poder (despótico); ya la tradición escolástica había afirmado la legitimidad de la sublevación frente a los poderes despóticos, que son contrarios a la ley natural. Tales individuos también eran libres para delegar/depositar el ejercicio de esa libertad en un príncipe o representante, que estaba obligado por el mandato de los propios súbditos (ciudadanos) expresado en el contrato mismo. Ese contrato se erigía, entonces, como el límite para el ejercicio del poder a favor de los ciudadanos, que así se aseguraban no ser sometidos a (más) despotismo (que el de su propia ley). Para la segunda, la ciudadanía que produce el contrato es un derecho derivado del de propiedad, que está determinado por la individual posibilidad/capacidad de apropiación de los bienes; se trata, en definitiva, de una ciudadanía de/para propietarios. Al fin y al cabo, son los *tiempos del capitalismo concurrencial*<sup>17</sup>.

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*<sup>18</sup>, 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<sup>19</sup>, 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<sup>20</sup>, tal y como la vivimos/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<sup>21</sup>, de donde deriva, como una expresión jurídica, el principio de legalidad.

<sup>17</sup> Cfr. CAPELLA. *Op.cit.*

<sup>18</sup> *Los ciudadanos* ..., pues sí 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.

<sup>19</sup> El *bonapartismo* como modelo de gestión burocrática encarnó, de manera desmesurada, en las estructuras del poder judicial, llamado a imponer/realizar el propio Código napoleónico. Desgraciadamente este fue el modelo que se implantó y está vigente en la mayoría de los países latinoamericanos.

<sup>20</sup> Haciéndonos eco de las palabras de Salvatore SATTA, ("El misterio del proceso", en *Soliloquios y coloquios de un jurista*. Buenos Aires: Ejea, 1971) este procedimentalismo es la marca de la abdicación de una sociedad que se niega al proceso.

<sup>21</sup> "La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Régime*. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho" (ZAGREBELSKY. *Op.cit.* p. 24 – la cursiva es del original).

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, que deben ser tomadas en consideración para entender como, históricamente, el clásico principio de legalidad, nacido para subordinar el poder a la prefiguración de *una voluntad* – ¿popular, democrática?– (originalmente se trataba de la *voluntad individual* – Locke-, más tarde la *voluntad general* – Rousseau-, finalmente... ¿la *voluntad de [P]oder* – Nietzsche?), sucumbió a los dictados de un proceso de *racionalización/burocratización/centralización* de las funciones públicas y administrativas. Asimismo, desde una perspectiva de la *realidad histórica*, y cuidándonos de no caer en una seudo-disputa entre formalismo y antiformalismo, tendencias rebatidas por L. FERRAJOLI (véase *DERECHO Y RAZÓN...*, pp. 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, sino que debemos enfrentar el problema, para intentar alguna solución.

El centralismo burocrático de los estados modernos es una evidencia de lo que podemos llamar *secularización epidérmica*; es decir, la modernidad – y en esto simplificamos la exposición, pero dejamos constancia de que es uno de los *nudos duros* más importantes por elucidar en nuestro universo cultural- pretendía haber superado (en las posiciones más extremas: vencido y desechado) todo vestigio de las visiones dogmáticas, mítico-religiosas, por (el) imperio de la Razón, pues “(...) 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”<sup>22</sup>, aunque esto último haya sido invisibilizado por el objetivismo de la jerga cientificista y la gestión burocrática. En el ámbito del derecho esta pretensión 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.

<sup>22</sup>Cfr. LEGENDRE, Pierre. “La crisis del jurisdismo” (entrevista y versión castellana de Enrique A. Kozicki) en *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Buenos Aires: Hachette, 1982, p. 44.

De otro modo,

“[p]ara 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*”.<sup>23</sup>

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. Así,

“[e]l 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. Esta lucha en la que se enfrentan visiones del mundo diferentes, es decir antagonicas [*sic.*; 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’ – N.J.S.A.], 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 [*sic.*; más propiamente con pretensiones de reconocimiento universal – N.J.S.A.] 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”.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Cfr. LEGENDRE. “La crisis del jurisdismo”..., p. 47 – las cursivas son del original.

<sup>24</sup> Cfr. BOURDIEU, Pierre. “La fuerza del Derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée, 2000, pp. 200-201 – las cursivas son del original.

En ese sentido, “[e]l 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”<sup>25</sup>, aunque su lugar pueda desplazarse en el campo, 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.), por ejemplo, “(...) 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”.<sup>26</sup>

En esa puesta en escena, aunque todo parece cambiar, hay algo que debe permanecer fijo (*función dogmática*), y es el lugar de la autoridad, que sin embargo se puede desplazar, pues esta se instituye en el lugar donde *se pronuncia*. “El derecho consagra el orden establecido consagrando una visión de ese orden que es una visión del Estado, garantizada por el Estado”<sup>27</sup>. Esto nos obliga a elucidar, momento a momento, cual es el lugar donde funciona el principio de autoridad (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”<sup>28</sup>.

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, así como nuestra misma adscripción a una tendencia que lo supone con *radicalidad* (pero en los términos en que se verá más adelante). Mas lo que aquí nos interesa es establecer la *genealogía de su inversión*, que no está separada de esa cara virtuosa, sino que es su correlato *inevitable*. Nos interesa, entonces, escrutar la *zona de negatividad* que abre el principio de legalidad, en la acepción paleopositivista, 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, pretendidamente sistemática, desentendida de la tensión constitucional

<sup>25</sup> Cfr. LEGENDRE. “La crisis del jurisdismo”, p. 47.

<sup>26</sup> Cfr. BOURDIEU. *Op. cit.* p. 201 – las cursivas son del original.

<sup>27</sup> Cfr. BOURDIEU. *Ibid.*

<sup>28</sup> Cfr. LEGENDRE. “La crisis del jurisdismo” ..., p. 48.

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<sup>29</sup>.

## 2. De la *Inversión Ideológica* de las Normas Jurídicas Particulares

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* 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, en *última instancia*<sup>30</sup>, se hace descansar en la amenaza de una consecuencia (la interferencia en los propios intereses por medio de la fuerza) para quien desobedezca el canon adoptado/establecido.

El *canon*, impuesto por el poder político, adquiere la forma de *norma*, las cuales aparecen dispuestas en un *orden* específico. Luego se trata de un *orden normativo*. Todavía 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 denominamos derecho<sup>31</sup>. 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 – N.J.S.A.] generar ideología de aceptación, fundamental para reducir la visibilidad de la actividad coercitiva*”.<sup>32</sup>

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

<sup>29</sup> Este es el objetivo de nuestras investigaciones y reflexiones actuales, siendo lo dicho en este escrito tan sólo unos avances preliminares que intentan marcar las rutas por las que éstas puedan discurrir. Luego, asumo el carácter de *diseño*, todavía preliminares, más que un desarrollo ampliamente elaborado de los aspectos aquí abordados y de las sugerencias investigativas formuladas.

<sup>30</sup> Este carácter coercitivo lo es en *última instancia*, pues no se desconoce la gama de situaciones de adhesión voluntaria a las orientaciones jurídicas; adhesión que 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.

<sup>31</sup> En ese sentido, véase CAPELLA. *Op. cit.* pp. 43-50; asimismo, el texto de KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?* Título del original WHAT IS JUSTICE? Justice, Law and Politics in the mirror of Science. Edición española a cargo de Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1991, espec. “El derecho como técnica social específica”, pp. 152-182, a partir del cual intentaremos mostrar como se opera la inversión ideológica de las normas particulares y, por ende, del principio de legalidad.

<sup>32</sup> Cfr. CAPELLA. *Op. cit.* pp. 46 e 47 – las cursivas son del original.

demostrará, en la historia posterior y hasta nuestros días, tener una vigencia aún no superada por la teoría y las formas jurídicas<sup>33</sup>. Esto lo podemos ver, 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 – N.J.S.A.*] desde el punto de vista de las normas legales: el que comete un crimen debe ser castigado”.<sup>34</sup>

Los primeros grupos humanos, indistintamente de las formas de su *socialización*, organizaban su vida comunitaria mediante unas *normas de uso social*, cuya imposición era fundamentalmente ideológica. Las normas de esta *moralidad positiva* (Capella) podían ser más o menos complejas, pero su esquema funcional básico exigía frente a la *transgresión* de una de sus normas (*tabú*) una *expiación* “... 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”.<sup>35</sup>

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 asepticos de la racionalidad positivista<sup>36</sup>. 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*. El Derecho es un orden según el cual el

<sup>33</sup> 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 algunas 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.

<sup>34</sup> Cfr. *Op. cit.* p. 67.

<sup>35</sup> Cfr. *Op. cit.* p. 41.

<sup>36</sup> 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. En ese sentido, véase CAPELLA. *Op. cit.* pp. 18-25; para un abordaje amplio de los problemas de la *historicidad* del derecho la citada *Introducción al estudio del derecho romano* de R. ORESTANO, así como para una exposición sobre la *convencionalidad* o *artificialidad* del derecho, las obras de FERRAJOLI. *Derecho y razón...* y *Derechos y garantías... supra cit.*

uso de la fuerza queda prohibido únicamente como delito, es decir, como condición, pero está permitido como sanción, es decir, como consecuencia”.<sup>37</sup>

Fenomenológica y funcionalmente hablando, está la acción (una “interferencia mediante la fuerza en los intereses” de un sujeto), y, mediante otra acción se determina (el poder de la *nominación* – Bourdieu) el carácter de la primera como *delito* o como *sanción* (según esa “interferencia mediante la fuerza” venga 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*<sup>38</sup>. Sobre este punto parece que hoy día sólo pueden tener objeciones algunas tendencias esencialistas u ontologistas ya anticuadas; todavía más, es del bagaje de la reflexión jurídica moderna este *carácter convencional del derecho*, aunque en el imaginario, tanto de la *gente de la calle* como de muchos operadores jurídicos, siga operando una visión esencialista y arcaica.

De esta manera, “[e]l 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”.<sup>39</sup>

En ese sentido, la relación entre la condición (*delito*) y la consecuencia (*sanción*) – dirá en otra parte el mismo Kelsen- es de *imputación*<sup>40</sup>, desechando cualquier vínculo causal o natural entre uno y otro extremo<sup>41</sup>. Es decir, el discurso jurídico al uso por el poder político jurídico recubre un mismo tipo de acción sea como delito o sea como

<sup>37</sup>Cfr. KELSEN. *Op. cit.* pp. 160-161 – las cursivas no son del original.

<sup>38</sup>“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” (cfr. BOURDIEU. *Op. cit.* p. 202 – la cursiva es del original). Pero, ¡hay!, esa condición es raramente observada por los operadores (teóricos y prácticos) del derecho.

<sup>39</sup>Cfr. KELSEN. *Op. cit.* p. 161.

<sup>40</sup>“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. *Op. cit.* pp. 224-225 – los entrecomillados y las cursivas son del original).

<sup>41</sup>“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. *Op. cit.* p. 67 – las cursivas y entrecomillados son del original).

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* – digo más: *histórico*- del Derecho, el esquema que sigue vigente solapadamente es el viejo esquema de *crimen – castigo*<sup>42</sup>. Para Kelsen, por ejemplo, como hemos visto, no hay ningún problema 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* (performativo 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, y 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 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<sup>43</sup>.

En virtud de ese esquema de fondo, del cual no puede salir la comprensión/ construcción del derecho (*imaginación jurídica*) mayoritaria, incluido Kelsen, nos encontramos con lo que Franz Hinkelammert apunta como *inversión* de las normas particulares, y que por un despliegue ideológico se extiende a todo el discurso jurídico en tanto el derecho es un *orden normativo coercitivo*. Luego, tenemos que

"[I]a 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

<sup>42</sup> Esto podría explicar, en parte, los niveles de intolerancia y represividad que tienden a mostrar no sólo muchos operadores jurídicos, 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 conflictos. Como intentaremos postular, en realidad se trata de un dispositivo discursivo que está instalado en el imaginario de las sociedades occidentales.

<sup>43</sup> En puridad, esto no es un asunto que sea achacable exclusivamente a Kelsen, sino que él actúa dentro de una "*experiencia jurídica*" (véase ORESTANO. *Op. cit.* pp. 371-414, quien resulta particularmente enfático en lo de *nuestra experiencia jurídica*, en la línea de G. Capograssi) 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.

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”.<sup>44</sup>

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 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 prenormativo o extranormativo. En definitiva, aparece aquí una vieja polémica que el positivismo no logró resolver adecuadamente, y en la historia constitucional moderna ha tenido respuestas disímiles: sobre los contenidos materiales del derecho; el carácter y función de los principios generales, etc.

La teoría normativista legalista del derecho que hemos heredado del siglo XIX ha construido la norma jurídica, en general, según el modelo arrastrado en las normas penales; de ahí que luego no haya sido mayormente problematizado el hecho de que se asuma el derecho, en general, como orden coercitivo. Es decir, cualquier situación que cayera en la esfera del derecho se hace depender, en última instancia, de la amenaza de “una interferencia por la fuerza”, que es instrumentada por el derecho penal.

Esto bien puede dar lugar a algunas interrogantes. El esfuerzo, indudablemente emancipador, por una racionalización de la intervención penal (desde C. Beccaria hasta nuestros días), hizo que la norma punitiva se ajustara a un esquema racional, para cuyos efectos se diseñó el principio de legalidad; éste, posteriormente, fue adoptado como canon de racionalidad para el derecho en general. Entonces, ¿será, acaso, esta la única *razón* que ha alcanzado el derecho?

Asimismo, con más o con menos, la teoría de la norma al uso dice que esta tiene una estructura así:

*Si dado H, entonces debe ser E;*

*si no es E, entonces debe ser S.*

Donde “H” es el hecho jurídico (propriadamente calificado como jurídico por la imputación de unos efectos jurídicos típicos), “E” es el efecto jurídico (que en la perspectiva de Angelo Falzea, por ejemplo, comprende un componente de hecho y un componente de valor), “S” es la sanción, y la relación de imputación está dada por la expresión “*entonces ...*”.

<sup>44</sup>Cfr. HINKELAMMERT. Franz J. “Democracia, Estructura Económico-Social y Formación de un sentido común legitimador”, en *Democracia y totalitarismo*. 2º ed. San José: DEI, 1990, p. 135 – las cursivas son del original.

Si hoy día se ha aceptado el carácter convencional de la ligazón de imputación, ¿qué le impediría a la *imaginación jurídica* aceptar que “*si no es E, entonces ...*” no necesariamente “*debe ser S*”? ¿no abriría esto una gama de alternativas de respuesta, todavía jurídicas, a conflictividades en la convivencia social? O acaso es que ¿no es posible superar el esquema *crimen – castigo*?

Lo que se quiere resaltar es que no se ha reparado en que la *reduplicación* de la norma 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 – *N.J.S.A.*], 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”.<sup>45</sup>

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”.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Cfr. *Op. cit.* pp. 159-160.

<sup>46</sup> Cfr. *Op. cit.* p. 160.

Por el contrario, si la *imaginación jurídica* se hiciera cargo<sup>47</sup> de sí misma<sup>48</sup> y sus efectos, bien podría sostenerse la pertinencia del Derecho como *forma de vida en común*. Esta posibilidad todavía la vislumbramos, 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”.<sup>49</sup>

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<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Este “*hacerse cargo*” en el sentido de Ignacio ELLACURÍA, *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador: UCA Editores, 1990, 606 pp.); así, por ejemplo, cuando apunta: “La técnica, como todas las demás actividades del animal de realidades que es el hombre [sic., léase “*ser humano*” – N.J.S.A], 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 [sic., léase “*ser humano*” – N.J.S.A], como contrapuesto al hacer puramente estímulo de los animales. En el caso del hombre [sic., léase “*ser humano*” – N.J.S.A] no se trata únicamente de una acción física que transforma físicamente la realidad, sino de una acción en que el hombre [sic., léase “*ser humano*” – N.J.S.A] transforma la realidad aprehendida como real y la transforma en tanto que realidad” (p. 162). O bien, cuando dice: “El hacerse cargo real de la situación es por parte del hombre [sic., léase “*ser humano*” – N.J.S.A] un sentir la realidad o lo que es lo mismo un intuir sentientemente lo real” (pp. 322).

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Cfr. *Op. cit.* p. 160. Las referencias a “la comunidad”, en esta y la anterior cita de Kelsen, 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 la “sociedad civil”. En fin, para el primer caso, con un concepto amplio y flexible, asumimos que alude al *poder político jurídico* del que habla CAPELLA (*Op. cit.* pp. 43-50). Esta cuestión no resulta nada baladí, pues, por ejemplo, cuando sostiene que “... la comunidad tiene el monopolio de la fuerza”, si aceptamos que se trata de la “comunidad constituida a través del orden”, diríamos 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, estaríamos en presencia del ideal político ateniense de “democracia” (esta distinción entre modelo republicano y democrático es debida a Eduardo Saxe Fernández). 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.

<sup>50</sup> Es esclarecedor de lo que aquí apuntamos otro hecho importante, a saber, que 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” (cfr. *Op. cit.* p. 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” (cfr. *Ibid.* pp. 160-161).

Pero, como no es cínico<sup>51</sup>, tampoco renuncia a la postulación del Derecho. Sin embargo, suspende su análisis en este punto porque, de continuar, tendría que violentar el credo cientificista 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 performativa del derecho; es decir, tendría que dar cabida en el análisis jurídico a los valores sobre la Justicia, pero en tanto que *ética necesaria*, que según el paleopositivismo corresponden a esferas prejurídicas o extrajurídicas.

Una *ética necesaria*, en la línea de la *racionalidad reproductiva*<sup>52</sup>, disuelve el abismo entre *ser* y *deber ser*, pues su postulación es a partir de un *juicio de existencia*, por ejemplo, para poder postular cualquier ética el sujeto que lo haga debe, en primera instancia, vivir; luego, la postulación de la vida aparece como el juicio básico necesario – su *condición de posibilidad*– que sustenta cualquier ética. De ahí un aspecto sumamente relevante 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 trascendental o enunciador absoluto; por ello no se cierran, no tienen ninguna suerte de *dispositivo de clausura* que las lleve a desembocar en absolutizaciones dogmáticas.

En el ámbito de la filosofía jurídica, L. Ferrajoli, aún cuando se mantiene en la fractura entre *ser* y *deber ser*, articula una vía factible para superar las limitaciones del – por él mismo denominado– paleopositivismo, a través de la *función de garantía del derecho*. Cito en extenso:

“Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el ‘ser’ o la ‘existencia’ del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente,

<sup>51</sup> Vía seguida por Carl Schmit y los actuales discursos “neoliberales” respecto a los Derechos humanos; en ese sentido, véase HINKELAMMERT, F. J. “El concepto de lo político según Carl Schmitt”, en *Democracia y Totalitarismo*, pp. 113-131; “El capitalismo cínico y su crítica: la crítica de la ideología y la crítica del nihilismo”, en *El Grito del Sujeto ...*, pp. 227-245.

<sup>52</sup> Para un desarrollo lúcido sobre la crítica de la *racionalidad instrumental* y la epistemología conexas, véase HINKELAMMERT, Franz J., *Crítica a la razón utópica*, 2ª ed. San José: DEI, 1990, 275 pp. Asimismo, respecto a las posibilidades de una *racionalidad reproductiva* y las exigencias de una *ética necesaria* para enfrentar los efectos, directos e indirectos, de la acción, véanse del mismo autor: *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, San José: DEI, 1995, 387 pp.; *El mapa del emperador*, San José: DEI, 1996, 277 pp.; *El grito del sujeto. Del teatro-mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización*, San José: DEI, 1998, 286 pp.

‘puesto’ o ‘hecho’ por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el ‘deber ser’ del derecho positivo, o sea, sus condiciones de ‘validez’, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos – igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales – por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes – su ‘deber ser’, y no sólo su ‘ser’- los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos./ Gracias a esta doble artificialidad – de su ‘ser’ y de su ‘deber ser’- la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales”.<sup>53</sup>

Llegados a este punto – repetimos- 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.

### 3. Crítica al *Rigorismo* (Legalismo) de la Ley

Nos encontramos con 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 (véase Zagreblesky, *Op. cit.*, pp. 29-30); pero, en el nivel *pragmático*, para devenir eficaz, debe hacerse específica y concreta (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”

<sup>53</sup>*Derechos y garantías* ..., p. 19 – las cursivas y los entrecorchetos son del original.

(BOURDIEU<sup>54</sup>), dispuesto y monopolizado por el poder político jurídico<sup>55</sup>. Y si este poder político jurídico ha adquirido la forma de la burocracia gestonaria (la burocracia estatal, pero también las burocracias privadas del poder económico), la cual en su gestión tiende a hacer abstracción de los sujetos y procesos para maximizar el rendimiento de sus funciones, según una lógica de *medio – fin* (racionalidad instrumental); entonces, tenemos así los elementos (“tautología constitutiva” – Bourdieu) que conforman la interpretación/aplicación *legalista* de la ley que es la generadora de la inversión del principio de legalidad:

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 encargada de gestionarlo.
2. La burocracia en la que encarna el poder político (y actualmente el poder económico, 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.
3. El principio de legalidad clásico limita al poder político jurídico; pero, en tanto este mismo poder político es el generador/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.

<sup>54</sup>“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.” (cfr. *Op., cit.* pp. 191-192 – las cursivas y el entrecomillado son del original).

<sup>55</sup>En la modernidad, el poder político jurídico típicamente ha sido monopolizado por el Estado; más hoy, en *tiempos* de la globalización, 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 DIERCKXSENS, Wim. *Los límites de un capitalismo sin ciudadanía*. 4ª San José DEI, 1999, 4ª ed., 186 pp.; *Del neoliberalismo al poscapitalismo*. San José: DEI, 2000, 184 pp.; HINKELAMMERT, Franz J. (comp.). *El huracán de la globalización*. San José: DEI, 1999, 249 pp., espec. el trabajo de Maryse BRISSON, “La globalización capitalista ... una exigencia de las ganancias”, pp. 55-104.

Por consiguiente, las burocracias gestionarias, sean estatales o privadas, en la erección del principio de legalidad, se desentienden de los efectos materiales que esa aplicación *rigorista* o *legalista* produce. Lo que es peor, esta actitud ha alcanzado, por lo visto, también a la teoría jurídica.

La forma en la cual se articulan los discursos en Occidente ha estado signada por el dualismo, y éste *oposicional*. En la perspectiva de M. Foucault (*El orden del discurso*), 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). De esta forma aparecen *lo prohibido* (ej., 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* (ej., la diferencia y oposición entre la razón y la locura, con el consiguiente rechazo de esta última) y *lo opuesto* (ej., entre lo verdadero y lo falso; se establece una nueva voluntad de saber en cuanto voluntad de verdad, que se aleja – ¿trasciende? – del ejercicio del poder y deviene discurso científico), entre los primeros. Luego, vemos que no hay una gratuidad en el carácter oposicional de los discursos de la modernidad. Más adelante discierne las nociones reguladoras de/en la formación del discurso: el acontecimiento; la serie; la regularidad, y la condición de posibilidad. Basten, por ahora, estas breves referencias.

Por otra parte, hemos venido hablando de la inversión ideológica. Esta es la perspectiva debida a Franz J. Hinkelammert quien, desde sus análisis de la teoría económica, los diálogos economía – teología, y la reflexión filosófica en la más genuina línea de la razón crítica, ha puesto en evidencia la inversión ideológica operada al interior del discurso de los derechos humanos. Hinkelammert ha señalado como el poder, a través de la recuperación del discurso de los derechos humanos, que en principio son postulados/reclamados por los movimientos de emancipación, ha desplegado un potencial de muerte nunca antes alcanzado. Diciendo vida, democracia, libertad, etc., el poder (hoy de carácter imperial) produce muerte, exclusión y dominación. Esta inversión se hace a través de la *abstracción trascendental* de las demandas de los sujetos concretos que las postulan/reclaman, y la *absolutización* de las concreciones históricas en que encarnan esos reclamos.

Ahora bien, teóricamente hablando, en la medida que la inversión ideológica es un hecho (con el sintagma “*inversión ideológica*” describimos los efectos de una forma de ejercicio del poder), esta debe ser explicada. Siguiendo una metáfora cibernética, ella es el efecto o la expresión de unos *dispositivos discursivos* o claves de lectura (hermenéutica), que están instalados en el imaginario y son operativos en contextos de absolutización ideológica. En la línea de Foucault, podríamos decir que se trata de unas *nociones reguladoras* del discurso y, por ende, de las prácticas que promueven esos discursos que, a la vez, lo sostienen; específicamente se trataría de las *series* (en Foucault se trata de la enunciación y enumeración de secuencias, como la temporal de los días de la semana o los meses del año, etc.). Las que participan o intervienen en la inversión son – volvemos a Hinkelammert- los esquemas o secuencias

tales como, por ejemplo: *crimen – castigo* (que interfiere en la interpretación/despliegue de las normas particulares); *amigo – enemigo* (clave de lectura de los 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). Que esas series sean binarias responde a la racionalidad instaurada en la modernidad<sup>56</sup>, particularmente a partir de Bacon y Descartes, con la instauración de una racionalidad mecanicista, y ya en el siglo XIX con el instrumentalismo del cientificismo en auge, que tendió a reducir la realidad y la complejidad de la acción a términos de *medio – fin*.

#### 4. Diversas 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<sup>57</sup>. Por consiguiente, proyectó el principio de legalidad sobre una realidad fragmentada. Asimismo, se impuso, como parte del cientificismo en boga, 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 proscribió 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, “derecho público” o “derecho privado”, de la que se trate.

*... en el derecho privado “todo aquello que no esté prohibido está permitido”*

<sup>56</sup> Para una discusión amplia de las transformaciones en los saberes y las racionalidades en juego en el tránsito a la modernidad, véase FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas*. 24ª ed. en español. México: Siglo XXI, 1996, 375 pp.

<sup>57</sup> Efectivamente hay una larga tradición que señala la existencia de esferas públicas y privadas; a partir de este punto, la polémica se ha establecido en función de la forma de las eventuales relaciones entre esas esferas, pero ese es un asunto que no discutiremos aquí. Nuestra crítica 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). Así, por ejemplo, aún el acuerdo (contrato) entre sujetos de “derecho privado”, en *última instancia*, depende para su realización de la intervención de un *tercero* que encarna el poder legalmente constituido (sea el juez, el “amable componedor”, el árbitro o cualquier otra figura) el cual, para actuar legítimamente, debe estar reconocido jurídicamente como instancia a la que se puede recurrir legítimamente en caso de incumplimiento, sea total o parcial. Son en definitiva, las reglas básicas de la constitución del campo jurídico, según lo ha señalado P. Bourdieu (véase *supra nota 54*).

En el ámbito de la acción de los sujetos de “derecho privado”<sup>58</sup>, con el predominio del principio de la autonomía individual, el principio de legalidad clásico se expresaba 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,<sup>59</sup> el sujeto abstracto; ese sujeto abstracto es, por antonomasia, la empresa .

Entonces, en tiempos de la absolutización de los mercados, 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, el 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 no puedan plantear reclamos contra la acción legal de las empresas, 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, éste sólo hace referencia a la formalidad de tal acción, es decir, que no esté expresamente prohibida en una ley, formalmente promulgada y vigente. Luego, no importa si se trata de una acción cuyos efectos indirectos sean lesivos (por ejemplo: el impacto que produce en la niñez y la juventud el libre trasiego/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 costes y rentabilidad de una conversión industrial sustentable, o la utilización de pesticidas en la agricultura a gran escala para aumentar la eficiencia productiva, etc.).

<sup>58</sup> Sujetos de “derecho privado” son tanto los sujetos humanos, cuerpos hablantes concretos, cuanto las empresas, aún las multinacionales. Esto resulta del todo sospechoso, habida cuenta de que el centralismo 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.

<sup>59</sup> 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.

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<sup>60</sup>, contra el cual el clásico principio de legalidad no se puede oponer, pues éstas lo reclaman/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 del control y conocimiento de las actuaciones y definiciones de los aparatos del poder<sup>61</sup>; además, como la base que generaba una legitimación<sup>62</sup> a la existencia de esos mismos aparatos.

Como hemos 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), éstas 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 interpretación/aplicación legalista

<sup>60</sup> Sobre el desplazamiento de la burocracia estatal por las burocracias privadas, véase HIMKELAMMERT, Franz J. “La economía en el proceso actual de globalización y los derechos humanos” en *El Huracán...*, pp. 239-249.

<sup>61</sup> “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” (cfr. RESTA, Eligio. “La desmesura de los sistemas penales”, en *Poder y Control*. Barcelona, Número 0, 1986, p. 141 – los énfasis son del original).

<sup>62</sup> “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 ...” (cfr. BARATTA, Alessandro. “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”, en *Poder y Control*. Barcelona, Número 0, 1986, p. 81).

de su mandato, aún a costa de no cumplirlo, deja de ser realizado<sup>63</sup>. Entonces, por el rigorismo solo obtenemos la negación de la acción estatal. Esto explica en parte por qué el clásico principio de legalidad no ha podido garantizar ni posibilitar un cause para la reclamación/realización de los derechos humanos (principalmente los de carácter colectivo) y las garantías fundamentales como un todo complementario, salvo en lo que hace a las garantías civiles y políticas lo cual, 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<sup>64</sup>.

... 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); éste 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)<sup>65</sup> el cual, por una parte se entiende agredido o lesionado y, por otra parte, está condicionado por una exigencia de racionalización<sup>66</sup> de sus mecanismos. En ese sentido, la pena no puede ser más que el resultado de una serie de procedimientos

<sup>63</sup>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.

<sup>64</sup>Para una síntesis de los aspectos de la denominada *crisis del derecho* y la quiebra del clásico principio de legalidad, véase FERRAJOLI. *Derecho y garantías ...*, pp. 15-35.

<sup>65</sup>“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” (cfr. MAIER, Julio. “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, en *Derechos fundamentales y justicia penal* (Liber amicorum). San José: Juricentro, 1992, p. 131).

<sup>66</sup>“El principio fundamental del sistema teórico de la ley penal definido por estos autores [Beccaria, Bentham, Brissot – N.J.S.A.] es que el crimen, en el sentido penal del término o, más técnicamente, la infracción, 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” (cfr. FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa, pp. 92-93).

previamente establecidos. Entonces, la pena es la forma moderna y racional del 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 *nullus iudicio, sine poena*. Esto es: si desde una racionalidad eficientista la legitimidad de un procedimiento se mide por la obtención de sus propósitos, entonces, sólo se explica y legitima en la medida que lleve a la pena como su resultado inevitable (esta inevitabilidad no es, por supuesto, natural, sino que deriva de la aplicación rigorista del esquema crimen – castigo, tal como se ha dejado señalado más atrás). Si es lo contrario, y no se llega a la pena, el proceso viene considerado como defectuoso, ya que no llevó a su resultado típico, y, por ende, no muestra la cara racionalizada del ejercicio de este poder. Todavía más, en una perspectiva casi ingenua, 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; pero, lo cierto es que con el procesamiento mismo ya se ha provocado un grado de criminalización suficiente para controlar al imputado(a) 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 esté prohibido está permitido”, dado el carácter convencional del derecho, que en la óptica de los poderes de excepción (soberanos – Agamben) 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 endeblesz 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’.”<sup>67</sup>

O como lo describe el mismo L. FERRAJOLI: “Tal crisis [del derecho – N.J.S.A.] 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”.<sup>68</sup>

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), aparentemente superados los períodos de excepción, etc., 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 – Hinkelammert) 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. Ergo, 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).

### **5. Algunas Alternativas para Enfrentar la Inversión del Principio de Legalidad**

En lo expuesto hemos intentado sacar a la luz algunas de las rutas por las que se opera la inversión del clásico principio de legalidad, y 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, hemos hecho salvedad de cómo, al menos en la parte que éste principio no colisiona con los intereses del estado burgués y las economías de mercado capitalistas, su postulación, particularmente en lo que ha significado el avance del Estado de derecho, ha servido para limitar las arbitrariedades del poder. Por esto, intentaremos ahora esbozar algunas vías para enfrentar esa inversión y recuperar el principio de legalidad.

<sup>67</sup> Cfr. ZAFFARONI, Raúl. “Dimensión política de un poder judicial democrático”. Conferencia leída en el Seminario de Justicia Constitucional. San José, el 23 de setiembre de 1992, p. 11 – las cursivas son del original.

<sup>68</sup> Cfr. FERRAJOLI. Derechos y garantías ..., p. 16.

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 los derechos humanos. Hasta el momento hemos dicho, por una parte, que el carácter coercitivo del derecho se expresa a través de la reduplicación normativa y, por otra parte, que todavía confiamos 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* (Ellacuría) y enfrentar la inversión que conlleva esta técnica social.

En ese sentido, vemos que 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 hemos descrito el esquema de la estructura de la norma; en ese punto cuestionamos el hecho de que “S” sea siempre leído/interpretado como *castigo*. Mas esto no puede no ser así si ese dispositivo está instalado, como clave de lectura, en el imaginario de los operadores jurídicos, 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 ...”.<sup>69</sup>

En la línea de la *secularización*<sup>70</sup> 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 se han resistido a 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, ya sea del mismo operador cuanto del sujeto del cual es interlocutor, todo lo cual, en definitiva, conforma el mismo objeto jurídico. De esta manera, el operador jurídico verá su subjetividad concreta (históricamente situada, que desvela el hecho de su propia exclusión/anulación, de su subjetividad negada) incorporada como la medida de la reflexividad sobre lo jurídico.

<sup>69</sup> Cfr. ZAGREBELSKY. *Op. cit.* p. 24.

<sup>70</sup> Adhiriendo al garantismo penal, Salo de Carvalho pasa revista a los efectos del “principio de secularización” en la aplicación de la pena (cfr. BUENO DE CARVALHO, Amilton y DE CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, 161 pp.), con lo cual “compartimos 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.

En este punto hacen su aparición la *duda* y la *crítica* de la ley: la *duda*, porque el operador jurídico 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 subjetividad concreta, por las exigencias sacrificiales del *texto viviente* (la ley), la interpelará como forma de enfrentar su sacrificialidad intrínseca. Será esta la única manera de realizar *los derechos* como *modos de vida* que entren a constituir un *proyecto de vida*. Además, el enfrentamiento de la inversión del *principio de legalidad* radica en el intento de *apertura* (esta *apertura* concierne a los niveles epistemológico, metodológico y axiológico) del propio principio, lo cual puede ensayarse desde las perspectivas de la *democracia* y la *justicia*.

*La duda de la ley ... en la democracia ateniense* (esta idea ha sido expuesta por Juan Ramón CAPELLA<sup>71</sup>). 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/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/corrección. La misma fuerza que la legitima para exigir la obediencia, asegura la posibilidad/potestad de los ciudadanos y ciudadanas –todavía más, de los sujetos humanos concretos–, a cuestionar y reclamar una ilegitimidad frente a la aplicación de la *mera legalidad* (el paleopositivista principio de legalidad).

*La crítica de la ley ... cuando ésta no realiza la justicia e impone un orden que surge del desorden* [específicamente esta es la vía sugerida por Franz J. HINKELAMMERT, inscrita en 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 podríamos llamar *vías a-legales en clave de juridicidad*). Téngase en cuenta que la lógica en la

<sup>71</sup>Cfr. Op. cit. pp. 57-60.

que se inscribe la propuesta de Hinkelammert es histórica y, 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/correspondencia 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 se vuelve exigente para mantener la juridicidad del proceso 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/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 una *revisión* 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 al mercado y sus reglas. No obstante, en la medida que para realizar la legalidad los mismos operadores jurídicos 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/promuevan la impunidad y la violencia del derecho (en un doble sentido: como violencia *por* el derecho, y violencia *del* derecho al derecho).

*Derecho no es igual a ley: el derecho como campo* [para un desarrollo de esta vía, una referencia ineludible es la obra del sociólogo francés Pierre Bourdieu]. En la historia de las sociedades del derecho europeo continental se ha operado una asimilación del derecho a ley. Es un proceso de reducción del derecho a una de sus formas: la ley, lo cual en el Estado moderno ha sido promovido 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*:

“Así, desde un punto de vista social, el derecho, o el fenómeno jurídico, puede entenderse partiendo de dos aspectos inseparables entre sí. En primer lugar el derecho *como discurso*, esto es, como unidad de significación, o práctica enunciativa en un contexto de producción; o, más precisamente, como discursos, en plural. Y en segundo lugar el derecho *como espacio*: sistema, conjunto de aparatos especializados que le sirven de soporte o, dicho de una forma más precisa con el lenguaje de Bourdieu, *como campo social en el que se produce y negocia ese discurso*. Subrayemos además que aunque a efectos analíticos podamos diferenciarlos, se trata de dos aspectos indisolubles, porque ese discurso o razón jurídica no existe al margen del lugar social o la red de relaciones en la que emerge (a no ser para un planteamiento sustancialista que se desvía del propósito sociológico expresado). Y si existe ese lugar social es, además, precisamente debido a esa razón jurídica que allí se constituye, se reproduce y se negocia como tal”<sup>72</sup>.

<sup>72</sup>Cfr. GARCIA INDA, Andrés. La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y el derecho de pierre bourdieu. Barcelona: Cedecs, 1997, p.151 – las cursivas son del original.

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 legalidad. 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 performan 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, el *intérprete autorizado* (juez), siempre tiene un margen de interpretación suficientemente amplio que le permite realizar una adecuación de la ley que prevalezca ante la imposición/lectura arbitraria o rigorista. Mas como ese margen puede operar en un sentido o en otro, lo importante, desde una perspectiva emancipadora, es lograr unas 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.

*En la línea de la propuesta garantista ...*

No obstante que compartimos un mismo borde de aspiraciones (Foucault), me parece advertir que la postulación del *principio de estricta legalidad* (Ferrajoli), por parte del garantismo, no pasa por visibilizar la inversión ideológica del clásico principio de legalidad, luego tampoco puede hacer su crítica. 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 queremos decir que la conflictividad se va a eliminar o quedará abolida<sup>73</sup>, pero sí que es posible *imaginar* y poner a funcionar unas *alertas* (como *alertas epistemológicas*, por ejemplo) para enfrentarla.

Lo que si 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* (cfr. FERRAJOLI, *DERECHO Y RAZÓN*,

<sup>73</sup> 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.

establece una distinción entre *mera legalidad* (formal) y *estricta legalidad* (correspondencia con un *núcleo axiológico duro*: los derechos humanos y las garantías fundamentales<sup>74</sup>, por ejemplo), como las formas y condiciones que adquieren las actuaciones de los órganos estatales, y 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:

“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”.<sup>75</sup>

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*. Así, 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,

<sup>74</sup> 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” (cfr. ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto. *Justicia/conflicto*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 135).

<sup>75</sup> Cfr. *Derecho y razón*. p. 95 – las cursivas son del original.

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”.<sup>76</sup>

Finalmente, cabe terciar que conforme a lo visto, para la mayoría de los operadores jurídicos 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 más por celo de realismo que por percibir defecto en la propuesta.

<sup>76</sup>Cfr. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. pp 855-857.

## LA PERCEPCIÓN ESPACIO – TEMPORAL EN EL CHOQUE DE CULTURAS HISPANA E INDÍGENA EN IBEROAMÉRICA Y EL PROBLEMA DE LA MODERNIZACIÓN

Daniel Jiménez Schlegel\*

Resumen: El intento moderno de universalizar la ética de la racionalidad liberal-individualista y la lógica formal centralizadora del derecho producido por el estado, y el sistema de producción capitalista, suponen un proceso de homologación de la vida. Aquí se pretende defender la relevancia que tiene la diferencia entre la percepción cultural del espacio y del tiempo, propia de la civilización europea y la de la civilización indígena, como razón fundamental del conflicto producido por el choque entre dos cosmovisiones distintas y éste como principal obstáculo para la culminación del proceso de “modernización” (desde el punto de vista occidental) en iberoamérica.

Abstract: The modern attempt to universalize the ethics of liberal-individualist rationality and the centralizing formal legal logic of state produced law, and the capitalist production system, suppose a homologation process of life. Here, it is aimed to defend the relevance of the difference between the cultural perception of space and time characteristic of european civilization, and that of indigenous civilization, as a fundamental reason for the conflict produced by the clash between two different world visions, and this as a main obstacle for the culmination of the “modernizing” process (from the occidental viewpoint) in Iberoamerica.

### 1. El Marco Teórico del Problema

Toda cultura es un conjunto funcional, completo en sí y armoniosamente equilibrado, que ampara, encuadra y vigoriza la vida personal de sus individuos. Estos cuadros quedaron rotos por la conquista; los indios vieron aniquilada su vida espiritual (creencias, sentimientos, jerarquías), desintegrado su sistema de vida material y social, destruidas o desprestigiadas sus clases dirigentes. Sintieron su impotencia, su inferioridad de energías ante formas de vida nuevas, extrañas, que se imponían en forma arrolladora; se vieron abandonados por sus dioses y por sus jefes. En casos extremos, era imposible la adaptación a nuevas circunstancias: abortos provocados, suicidios individuales y colectivos, huida en masa a tierras pobres pero alejadas de los invasores, desesperadas rebeliones contra éstos, etc., son hechos repetidos y probados.<sup>1</sup>

\* Universidad de Barcelona.

<sup>1</sup> Céspedes del CASTILLO, Guillermo. *Historia de España y América*. Tomo 3º (Vicens Vives dir.). Barcelona: 1961, p.404.

## LA PERCEPCIÓN ESPACIO - TEMPORAL EN EL CHOQUE DE CULTURAS HISPANA E INDÍGENA EN IBEROAMÉRICA Y EL PROBLEMA DE LA MODERNIZACIÓN

Lo que aquí se pretende defender de una manera resumida es *la especial relevancia de la diferencia entre la percepción cultural del espacio y del tiempo* propia de la civilización europea, exportada por los españoles a América, y la de la civilización indígena, como razón explicativa del *conflicto* producido por el choque entre culturas diferentes y el cual obstaculiza todavía la culminación del proceso de *modernización* (entendido este término desde parámetros occidentales) en Iberoamérica.

La mejor muestra de la *inconclusión* del proyecto modernizador en Iberoamérica puede verse hoy en día en la situación de pobreza, desestructuración social y violencia que sufren la mayoría de los países, con una forma de estado de corte autoritario y premoderno aunque formalmente se disfrace con el *smoking* de Estado democrático de Derecho. Son países en los que coinciden culturas históricamente divergentes, espacios culturalmente heterogéneos, donde el conflicto entre cultura hegemónica y culturas subordinadas se ha saldado, en la experiencia histórica, con el dominio de un modelo sobre otro a través de su institucionalización desde arriba y del soporte del poder militar. La razón de la existencia de esta forma autoritaria del Estado-nación americano actual puede encontrarse en la exigencia del desarrollo del sistema económico capitalista, el cual precisa un determinado modelo social, cultural y jurídico de carácter monolítico y homogeneizado para su expansión, que se impone sobre una base social heterogénea y contradictoria en sus aspiraciones de reafirmación de su identidad con el modelo que se pretende imponer. El conflicto generado en ese choque entre culturas se salda con la represión por parte de los poderes hegemónicos de esas culturas *diferentes*.

La historia de las diferentes comunidades indígenas en Latinoamérica aun aferradas a viejas tradiciones como señal de su propia identidad frente al dominio europeo, es la historia de un conflicto permanente en la formación de los estados pluriétnicos que se produce entre el poder de un sistema jurídico-político, religioso, cultural dominante de carácter monolítico por un lado y el propio sistema de organización socio-cultural de las comunidades étnicas dominadas por el otro.

Así, por ejemplo, el modelo de estado burgués que se pretende universalizar conlleva política y culturalmente una ruptura en la relación entre individuo y comunidad, mientras que en las sociedades precolombinas, aun siendo muy jerarquizadas socialmente, no existía una ruptura del individuo con la comunidad, ya sólo por el mero hecho de que la supervivencia individual estaba en función de la organización comunitaria de producción y de reproducción social.

Este *sentido comunitario* de las sociedades indígenas está también culturalmente tan arraigado que su afectación por la colonización occidental, que ha provocado el abandono de muchas de las tradiciones, lenguas y vínculos tradicionales entre los indígenas, ha producido una subcultura de la soledad, de la tristeza, de la identidad perdida, de la violencia y de la carencia proyectiva para el futuro.

Para reconstruir este fenómeno de dominación civilizatoria y el problema del choque entre culturas o *cosmovisiones*<sup>2</sup> diferentes hemos de tener en cuenta un esquema evolutivo general del proceso de dominación del modelo social occidental, un proceso emprendido para intentar construir el Estado-nación *moderno* en Latinoamérica y consolidar el modelo civilizatorio europeo.

El fenómeno de dominación histórica sobre los pueblos indígenas y el choque cultural por la coexistencia de cosmovisiones o concepciones del mundo y de la vida diversas podría estructurarse en dos etapas:

Primera fase: la conquista y colonización española. Este período de tres siglos (desde el descubrimiento hasta inicios del s. XIX) se caracteriza por el desarrollo marginal del derecho, costumbres y organización social indígenas, en el seno del reconocimiento oficial de los derechos y costumbres locales por el poder jurídico-político colonial. El derecho indígena pasa a ser un derecho integrado en el derecho estatal dotado de categoría de *Fuero*. Las autoridades indias se convirtieron en meros intermediarios de las autoridades públicas y religiosas españolas. En esta primera fase destaca, sobre todo durante la etapa de la conquista, el proceso evangelizador de las comunidades indígenas llevado a cabo por los misioneros lo que supuso una intromisión en la esfera cultural-organizativa propia de las comunidades indígenas, sin que hasta hoy haya logrado neutralizar de manera absoluta la identidad indígena.<sup>3</sup>

Segunda fase: la modernización del estado-nación independizado de la metrópoli. En los países latinoamericanos que han adquirido su independencia la recepción del derecho local indígena por parte de las autoridades criollas se hace bajo la regla de “se acata, pero no se cumple” del ejemplo mexicano<sup>4</sup>. Este período podría dividirse a su vez en dos subfases de dominación, disfrazadas de conceptos como “occidentalización”, “modernidad”, “nación mexicana”, “nación venezolana”, etc. y finalmente “pluralidad”:

<sup>2</sup> Creemos muy apropiada la definición que José del Val hace del concepto cosmovisión en cuanto elemento definitorio de la organización cultural de cada sociedad y por lo tanto como presupuesto de su particular manera de funcionar: “Entiendo cosmovisión como la estructura de relaciones simbólicas que se expresan mediante una particular forma de conciencia y prácticas del papel que en el mundo ocupa el hombre en relación con otros hombres, con la naturaleza inmediata y con el conjunto inacabable de incógnitas que el estar aquí produce a cualquier hombre en cualquier tiempo y lugar” (DEL VAL, José. “Cosmovisión, prácticas jurídicas de los pueblos indios”. *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*. México: UNAM, 1994, p.111).

<sup>3</sup> Buen ejemplo del hecho de la adaptación de elementos culturales europeos a las formas cultural-organizativas tradicionales de las comunidades indígenas es el caso del funcionamiento de los juicios en los pueblos zapotecos del valle mexicano de Tlacolula: funcionan mediante audiencia pública. El presidente se transforma en jefe del consejo y las autoridades municipales en ancianos. La audiencia tiene carácter ritual con plegarias dirigidas al Sol como divinidad que ilumina el espíritu y el alma de los miembros del consejo, invocándose también a Jesús, a la Virgen y a los santos (DURAND, Carmen Cordero Avendaño de. “El derecho consuetudinario indígena”. *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisiones...*, *op.cit.*, p.39).

<sup>4</sup> Sobre la descripción de este proceso véase el interesante trabajo de ORDOÑEZ CIFUENTES, José. “La insurrección de 1820 con el partido de Totonicapán”. *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión...*, *op.cit.*, p.30.

## LA PERCEPCIÓN ESPACIO – TEMPORAL EN EL CHOQUE DE CULTURAS HISPANA E INDÍGENA EN IBEROAMÉRICA Y EL PROBLEMA DE LA MODERNIZACIÓN

primera subfase de aculturalización planificada y “patriotización”, y una segunda subfase de proteccionismo *paternalista* del pluralismo cultural y jurídico.<sup>5</sup>

En la primera subfase, en un principio se produjo, por parte del discurso indigenista oficial, una subrogación en el derecho de las etnias a decidir su destino cultural, introduciendo a las comunidades indígenas en la lógica del Estado y de su proyecto de unidad nacional (homogeneidad cultural). Luego fue la incapacidad de las etnias indígenas a actuar frente la explotación económica y la manipulación política.

En la segunda subfase (la de estos días) puede apreciarse como “regla necesaria” que el proteccionismo cultural no puede llevarse a cabo si no es en el marco del derecho dominante del Estado: las manifestaciones culturales de las etnias indígenas sólo podrán desarrollarse bajo *lo jurídico* de la cultura dominante (homogeneidad jurídica).<sup>6</sup>

Así pues, la dominación siempre ha estado latente, en estadios de más o menos virulencia. Sin embargo, como sucedió en la primera fase de la colonización, se ha alcanzado en algún momento un estadio de *conveniencia* en que el sistema subordinado subsiste y ello en beneficio del propio sistema hegemónico, en cuanto que esa tolerancia en las instituciones indígenas supone un sistema de “arreglos internos” o de solución de conflictos inabarcables para el sistema hegemónico (estos supuestos son factibles siempre que exista cierto grado de control estatal, sea a través de autoridades delegadas o de una regulación legal marco – aunque signifique simplemente un reconocimiento de la particularidad).

La razón por la que otorgamos una importancia básica al hecho de la diferente percepción cultural del espacio y del tiempo entre las sociedades hispana e indígena como principio en la incompatibilidad de maneras de concebir el mundo y su funcionamiento, incompatibilidad que lleva al conflicto civilizatorio ya apuntado, se explica por lo siguiente:

Primero. Cada sociedad tiene su manera particular de organizarse distinta a las otras. Esta manera particular de organizarse está montada en términos de organización cultural, esto es, en términos de un discurso que interpreta, comprende y explica las experiencias sobre el mundo que tiene una comunidad. Este discurso sirve a su vez como parámetro de conducta a seguir por los individuos para el funcionamiento normal de la comunidad. El resultado es que cada sociedad *funciona*, digámoslo así, de modo y a un ritmo distinto a las otras. Esos *funcionamientos* diferentes

<sup>5</sup> Esta clasificación por fases, generalizable a toda Latinoamérica, la extraemos del trabajo de Jorge Alberto González Galván que la aplica al caso mexicano (GALVÁN, J.A. González. “El derecho consuetudinario indígena en México”. *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisiones...*, *op.cit.*, pp.82-84 ).

<sup>6</sup> GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. “El derecho consuetudinario indígena en México”. *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión...*, *op.cit.*, p.83. Debe tenerse en cuenta también la adaptación, o cierta interiorización en cualquier caso, por parte de las comunidades indígenas (y desde luego de las comunidades mestizas) del derecho estatal hegemónico, lo que explicaría el desarrollo de estructuras organizativas cuasimodernas que funcionan paralelamente a las estructuras tradicionales dentro de esas comunidades. Una manera de formalización pseudooficial que permite cierta tolerancia.

de sociedades distintas no suelen ser compatibles por la *exigencia*, también distinta, que cada sociedad tiene para poder reproducirse y desarrollarse normalmente según sus parámetros culturales.

Segundo. Explicar el conflicto entre civilizaciones diferentes en contacto primando únicamente los aspectos “infraestructurales” de organización social y sistema de producción distintos no aclara el origen real de dicho conflicto, ya que la resistencia, dificultad de adaptación o incluso la inadaptación de una sociedad al modelo organizativo de otra responde a una *manera distinta* de *concebir* la organización social y el sistema de producción, esto es, a una manera distinta de organización cultural de las comunidades.

Puede defenderse la idea de que un determinado sistema de producción de una sociedad está condicionado por factores de tipo ambiental o natural, como por ejemplo la orografía del terreno o la limitación en los recursos naturales y que, en consecuencia, limite las necesidades de esa sociedad. Estos factores circunstanciales son determinantes en la particular manera del *hacer* y del *vivir* de una sociedad. Ahora bien, lo que distingue efectivamente a esa sociedad de las otras, que pueden padecer o disfrutar de circunstancias de contexto parecidas, es la *lectura propia* que aquella hace de tales circunstancias. Con el término *lectura propia* nos referimos a la *manera de interpretar, de comprender y de explicar* todos aquellos fenómenos que vienen dados por la naturaleza, cuya experiencia condiciona la organización productiva y reproductiva, y que caracteriza a la sociedad en su modo de *funcionar*. Sobre la base de esa *lectura* la sociedad construye su particular cosmovisión, su propia organización cultural y social, su propia identidad.

Tercero. En nuestro análisis partimos de dos factores circunstanciales o de contexto básicos, cuya *lectura* es distinta de una sociedad a otra: el factor tiempo y el factor espacio. Sincrónicamente a la percepción, a la experiencia humana del espacio físico y del transcurso, repetitivo o no, de los fenómenos de la naturaleza aparecieron elementos del espacio y del tiempo como un límite natural al desarrollo de la actividad productiva y reproductiva de la sociedad (la orografía del terreno, las distancias, los ciclos estacionales). Ese límite iría variando (reduciéndose) a medida que la sociedad se desarrollara tecnológicamente (medios de transporte, sistemas de cultivo intensivo).

Cada sociedad percibe de una manera distinta esos límites espacio-temporales y la percepción también irá variando a medida que varíen los límites por los descubrimientos tecnológicos. La concepción cultural del espacio y del tiempo de cada sociedad significa el *cómo* son percibidos en su momento histórico. Es decir, una *lectura propia* de lo que para cada una significan ambos factores. Y esa *lectura* constituye su identidad cultural sobre la que se organiza y sobrevive.

Concluyendo, dos sociedades que entran en contacto en un mismo espacio y que tienen percepciones y concepciones espacio-temporales diversas y que, en ese marco particular de cada una, organizan su producción y su estructura político-social de manera diferente, no pueden ritmar paralelamente (y armoniosamente) sobre todo si una de estas sociedades aspira a formar un bloque social y cultural unitario, monolítico y homogéneo en ese territorio por encima de la otra.

## LA PERCEPCIÓN ESPACIO – TEMPORAL EN EL CHOQUE DE CULTURAS HISPANA E INDÍGENA EN IBEROAMÉRICA Y EL PROBLEMA DE LA MODERNIZACIÓN

Para poder analizar el fundamento del choque cultural como obstáculo al proceso de modernización tenemos, pues, que hacer el excursus sobre el tiempo y el espacio.

### 2. Excursus Sobre el Choque Cultural: el Factor Tiempo y el Factor Espacio como Elementos Fundamentales

Se tiende a polarizar el fenómeno del choque cultural en el encuentro de dos culturas distintas: la hispana y la indígena. La dualidad podría sostenerse bajo la perspectiva de choque entre dos civilizaciones, esto es, entre la civilización occidental del Viejo Mundo y la civilización autóctona del Nuevo Mundo considerada globalmente. Pero conviene precisar que la propia realidad define y concreta a los sujetos intervinientes en el proceso histórico y dota a éste de mayor complejidad. Lo que la experiencia histórica nos muestra es que la naturaleza de las relaciones entre los diversos sujetos presenta matices diferentes, tanto en el momento del *encuentro* entre culturas diversas como en el tiempo de la *convivencia* de éstas hacia la construcción de una forma política de corte europeo en la colonia.

Ni los conquistadores españoles del s. XV-XVI eran, por así decirlo, los mejores representantes de una ortodoxia del pensamiento, del modelo social y económico europeo, ni las sociedades del Nuevo Mundo representaron un modelo social y culturalmente homogéneo. Aún cuando la España de los Reyes Católicos se dibujaba como el Estado-nación moderno, unitario y centralizado, con sus *burgos* como forma ya de ciudad moderna, la vida social, cultural, religiosa y económica transcurría en muchos aspectos en pleno medievo, con mayor intensidad quizás que la de otros reinos europeos. Naturalmente ese modelo español fue el que se exportó.

Una vez en el Nuevo Mundo los conquistadores tuvieron ante sí un enorme mosaico de culturas diferentes sobre las que la cultura hispana fijó su impronta con efectos distintos. En muchos lugares, el modelo colonial español supuso la extinción de los indígenas por la inadaptación de éstos a ese modelo y el consiguiente exterminio físico por las guerras de conquista (sin contar el desastre demográfico entre la población indígena por el aumento de la mortalidad producido por las enfermedades importadas de Europa y de los esclavos africanos), como sucedió, por ejemplo, con los nativos de las Antillas o los nativos uruguayos, argentinos o chilenos. En otros lugares las comunidades indígenas supieron adaptarse en cierta forma a la organización social hispánica. La mayor o menor adaptación o inadaptación de las sociedades autóctonas de América al modelo de civilización hispana guarda relación con el tipo de organización social de éstas: a mayor *similitud* con el modelo europeo menor problema presentaba la integración de aquellas a dicho modelo.

El problema real de integración se hallaba en las diferencias *culturales*. En las zonas de cultura media y alta (Centroamérica y altiplano andino) que corresponde a los imperios azteca e inca, donde las sociedades eran más complejas, la asimilación indígena para los colonizadores fue mucho menos problemática que en las zonas de cultura menos desarrollada (Amazonas y el cono sur) donde sociedades de *subsistencia*,

de organización primitiva y comunitaria no soportaron el proceso de colonización y en su mayoría fueron literalmente borradas del mapa.

Por otro lado, la diversidad en identidades culturales de etnias distintas, de los diferentes grupos sociales de los conquistadores-colonizadores (militares, clérigos, funcionarios, nobles, aventureros, labradores, artesanos de gremios y comerciantes), de los mestizos y mulatos, conformaron una subjetividad demasiado compleja en la acción histórica como para reducirla a una concreta dualidad enfrentada. Esta participación de múltiples sujetos tejió una densa red de relaciones en un mismo espacio que, considerada junto con el hecho de la vinculación lejana con la administración de la Corona, formaron relaciones triangulares conflictivas: indígenas-conquistadores, conquistadores-clero indigenista, conquistadores-Corona, mestizos-indígenas, etc.

A la hora de concretar los conflictos originados por el choque cultural, a pesar de esa complejidad de los sujetos intervinientes, conviene aclarar que no se tratará aquí del conflicto particular de un tipo de comunidad indígena con cada uno de los diferentes estamentos sociales españoles que participaron en la conquista. Por lo que a los efectos de simplificar lo que resultaría un trabajo monumental, hemos optado por analizar el choque cultural entre las civilizaciones hispana e indígena de una manera global. Y ello es así porque de la experiencia antropológica de estas civilizaciones diferentes puede extraerse una concepción espacial y temporal común o mayormente coincidente en cada comunidad indígena y una concepción espacio-temporal característica de los conquistadores hispanos (europeos). No podríamos generalizar de igual manera si tuviéramos que abordar las diferentes estructuras jurídicas, políticas y sociales concretas de cada comunidad, y sus relaciones con los diferentes poderes y mentalidades de los colonizadores primero y de la sociedad hegemónica posterior del Estado-nación.

Como venimos insistiendo, nuestra tesis defiende la idea de otorgarle una importancia especial a la distinta percepción cultural del tiempo y del espacio. Su concepción distinta justifica una organización productiva y reproductiva diferente en las sociedades indígenas e hispana que entran en contacto. El conflicto entre estas sociedades se deja ver con mayor notoriedad en los ámbitos de producción y de reproducción social por el encuentro de modelos distintos de funcionamiento. Este choque de maneras de *hacer* y de *vivir* diferentes oculta una razón más profunda y de carácter simbólico y representativo, que determina cada organización social particular: el choque de culturas que viven y entienden el tiempo y el espacio de manera diversa.

Al igual que sucedió en las sociedades del Oriente Medio, los grandes estados o imperios precolombinos sólo se desarrollaron después de que se creara una infraestructura agrícola en los valles de los ríos, se crearan sistemas de riego y se domesticaran cultivos como el del maíz, la patata y la mandioca. Hasta la conquista española, la tecnología del Nuevo Mundo evolucionó con un gran paralelismo a como lo hicieron las sociedades del Oriente Medio. En las zonas ricas para la agricultura y

**LA PERCEPCIÓN ESPACIO – TEMPORAL EN EL CHOQUE DE  
CULTURAS HISPANA E INDÍGENA EN IBEROAMÉRICA Y EL  
PROBLEMA DE LA MODERNIZACIÓN**

ricas en reserva de caza emergieron los estados, una vez que el control sobre el territorio quedó en manos de un sistema político unitario encabezado por una oligarquía de notables y religiosos. Estas oligarquías poseían los medios de producción intelectual, regulaban la agricultura y llevaban a cabo observaciones astronómicas que condujeron al desarrollo de calendarios. La máxima autoridad política era también la religiosa (el rey inca era hijo de la divinidad solar).

Ahora bien, la evolución tecnológica de los indígenas se desarrolló a un ritmo mucho más lento que el de las sociedades del Oriente Medio y ello se debía, según estudios arqueológicos y antropológicos, a factores de tipo ecológico: por un lado, la especial orografía donde se hallaban las sociedades precolombinas. Este aspecto es de tanta importancia que se afirma que las civilizaciones azteca e inca eran las únicas civilizaciones de montaña propiamente dichas. Los asentamientos aztecas estaban en valles rodeados de montañas altas y nevadas y las civilizaciones costeras estaban cercadas por la cordillera andina. No tenían animales de tiro ni usaban la rueda como medio de transporte, lo cual limitaba aun más sus desplazamientos.

También hay que considerar los fenómenos naturales destructivos provocados por situaciones climáticas extremas como lluvias torrenciales o sequías, desbordamientos de ríos, etc. cuya incertidumbre en algunas zonas limitó en gran medida el desarrollo de la organización política de los pueblos.

Por otro lado, se desarrolló un tipo de agricultura y caza y pesca intensivas por lo que los recursos naturales se agotaban tanto por la práctica de obtención de tierras mediante el sistema de tala y quema, que empobrecía y erosionaba el suelo, como por el agotamiento de la fauna.

Otro motivo importante por el que se explica la lenta evolución de los pueblos precolombinos fue la extinción de potenciales animales domésticos entre la megafauna del Pleistoceno. No hubo ganadería, no hubo animales para arar los campos o para aportar el soporte proteínico suficiente para crear una sociedad fuerte contra potenciales invasores.

Estas teorías avalan la tesis de que las circunstancias de tipo ecológico-ambiental condicionaron la evolución tecnológica de las sociedades indígenas que, en este ámbito, podían situarse a más de unos dos mil años de retraso con respecto a los conquistadores.

Del particular proceso evolutivo de las sociedades precolombinas hay que destacar el dato de que en el momento de la conquista éstas tenían fuertemente arraigada una percepción y concepción espacio-temporal propia y determinada por la intensa interacción entre naturaleza y cultura.

Los acontecimientos naturales que se suceden en el *tiempo* (noche/día, ciclos estacionales, etc.) y que se ubican en el *espacio* geográfico como dimensión de la realidad natural significa que tiempo y espacio sean entendidos como elementos de la naturaleza misma. La concepción del tiempo y del espacio depende de un uso de una cultura y ésta está condicionada por la experiencia humana acerca de la naturaleza y sus acontecimientos.

En el choque de culturas reivindicaremos el respeto por las identidades culturales *diferentes* a la cultura hegemónica, esto es, a la forma de concebir el mundo (y las relaciones entre las personas y entre éstas y el medio ambiente) impuesta históricamente sobre otras concepciones.

Las sociedades de cultura hegemónica irán ocupando el espacio de las *otras* culturas diferentes a través de las armas y/o con el uso de tecnologías superiores.

Cada comunidad precisa un *espacio* de identidad particular: necesita de un lugar en el mundo donde desarrollar los propios procesos de producción y de reproducción social condicionados además por una determinada forma de concebir el *tiempo*, esto es, el tiempo de vivir, el tiempo de reproducirse, el tiempo del *hacer* de cada comunidad.

### El factor tiempo

El modo de concebir el mundo (la *cosmovisión* de cada civilización), de interpretarlo y de entenderlo implica el modo de pensar las cosas desde una determinada *perspectiva*. Las diferentes concepciones dependen del modo hegemónico de ver el mundo en cada época y en cada lugar, dependen del uso de una cultura, de un lenguaje común en una comunidad, dependen de las experiencias sobre la Naturaleza y la manera de explicarlas. El concepto *tiempo*, como categoría de la experiencia humana, es esencial. Gracias a las distintas percepciones históricas del tiempo podemos vincularlas a determinadas prácticas sociales: "(...) así, podemos entender que la percepción del tiempo *va ritmada* con la actividad social e individual, y que, consiguientemente, culturas basadas en actividades distintas ritman diversamente, cosa que también ocurre en el caso de actividades tecnológicamente diferenciadas (...)." <sup>7</sup>

Por otro lado, el modo de concebir el mundo de cada cultura expresa el *cómo* es percibido el tiempo, es decir, la *concepción* del tiempo: "Más abstracta que la percepción del tiempo es su *concepción*. Pues la *concepción del tiempo* es en realidad la perspectiva desde la cual éste es percibido, y tiene que ver con el *sentido* cultural del tiempo como objeto o, dicho de otra manera, con la inserción de éste en la metafísica o concepción del mundo hegemónica en una cultura, en una sociedad: una metafísica que afecta, por lo común, a no pocas generaciones (...)." <sup>8</sup>

No resulta difícil comprender, por tanto, que la particular concepción (hegemónica) del mundo de los conquistadores españoles y su evolución posterior hacia la modernización no fuera compatible con las cosmovisiones de las culturas autóctonas de los territorios colonizados, sobre todo si esta incompatibilidad se examina desde las diferentes *concepciones del tiempo*:

<sup>7</sup> CAPELLA, Juan Ramón. *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Trotta, 1993, p.14.

<sup>8</sup> *Ibid.*

## LA PERCEPCIÓN ESPACIO – TEMPORAL EN EL CHOQUE DE CULTURAS HISPANA E INDÍGENA EN IBEROAMÉRICA Y EL PROBLEMA DE LA MODERNIZACIÓN

La concepción del tiempo de los pueblos indios era una concepción tradicional (“lo que siempre ha sido”). El tiempo era *cíclico*, estaba en función de los acontecimientos de la naturaleza, de su cómputo y percepción. Los días, las estaciones o tiempos de sequías o de lluvias, etc., se sucedían rítmicamente. La cultura productiva estaba en función de estos ciclos naturales, que serían sacralizados y también mitificados, en cuanto la supervivencia de la comunidad dependía de éstos. En la explotación agrícola de zonas selváticas, por ejemplo, la actividad productiva se ajustaba típicamente a una alternancia estacional de períodos secos y húmedos, con preparación del campo efectuada durante la estación seca y el cultivo calculado para el aprovechamiento de las lluvias.

En la cultura azteca el tiempo percibido cíclicamente es representado por un calendario circular. Las fechas señaladas, estacionales, se repiten eternamente de manera circular. También serían sacralizados los fenómenos naturales imprevisibles, generadores del caos, desorden, destrucción, aquellos fenómenos que ponían en peligro a la comunidad.

En la cosmovisión indígena el tiempo se sucedía en períodos más largos que los de la vida cotidiana de los conquistadores: el hecho de la dependencia cíclica de las estaciones para la producción agrícola de las comunidades indígenas de la serranía andina y dada la escasa productividad de éstas, en comparación con la civilización europea, exigía una dedicación temporal completa (que no significa *intensa* como lo entiende la cultura moderna) sin permitir una especialización.

En las culturas de las zonas costeras la especialización era una exigencia dada por el único producto que podían aprovechar en su espacio esas comunidades: la fauna ictiológica. El complemento alimenticio debían conseguirlo mediante el intercambio de productos con las comunidades agrícolas. La especialización para un sistema de amplia productividad toma usualmente la forma de trabajo a tiempo parcial. La dedicación temporal al trabajo productivo para la comunidad indígena condicionaba de alguna manera su concepción del tiempo.

Con la conquista de las Américas por los españoles se impuso sobre el territorio adquirido una nueva concepción del mundo, es decir, del *tiempo* en el ámbito cultural (y espiritual): la cosmovisión de la cultura cristiana y el comienzo de una nueva concepción espacio-temporal que trajo el propio hecho de la conquista de tierras desconocidas y la súbita y exagerada acumulación de riquezas.

Durante los años de colonización los conquistadores portaban el espíritu medieval que se vivía en España: los temores, supersticiones y una religiosidad muy acusada. El sentimiento de los conquistadores de predestinación a ensanchar la cristiandad y propagar el evangelio en “demorada réplica al imperialismo musulmán” era muy fuerte.

La concepción del tiempo *cristiana* exportada es una concepción *lineal* e irreversible. Se muestra gráficamente como una línea continua que representa el tiempo de espera entre dos acontecimientos: el nacimiento y la muerte. El tiempo de espera de este mundo es un tiempo de espera a otra *vida*. La vida supone un tiempo vacío de

espera hasta el momento del Juicio Final y ha de dotarse de sentido mediante la acción personal: el comportamiento que posibilitará la Redención para el pase a la *otra vida*. Buena cuenta de esta acción personal redentora lo dieron las diferentes órdenes misioneras en su actividad para la conversión de los indígenas al cristianismo y para su formación integrada en la civilización occidental.

En la concepción lineal del tiempo el futuro es incierto, no puede calcularse como en la concepción del tiempo cíclica. Se contradice con la idea del *retorno cíclico* pues ésta sustrae a la vida humana en el tiempo la *esperanza*. Esta última junto con la *fe* participan de un vínculo con el futuro: la felicidad final, resolutoria y *verdadera*: la redención del alma. En esta percepción puede verse embrionariamente la concepción moderna de progreso, esto es, la noción de futuro como *horizonte temporal de un fin determinado* en palabras de G. Marramao.<sup>9</sup>

La concepción temporal que se extendió en Europa y que luego se trató de imponer en las colonias a través del proceso *civilizador* fue la del mundo moderno impulsado por los nuevos descubrimientos, las nuevas conquistas, el crecimiento del comercio occidental y de la riqueza de las metrópolis por la acumulación de lo obtenido por los expolios de las tierras conquistadas (una realización práctica de la percepción del futuro como “horizonte temporal de un fin determinado”). La modernización supuso una ruptura con la concepción lineal de tiempo de espera del cristianismo.

Con el advenimiento de condiciones económicas favorables para la expansión y la concepción de que todo es susceptible de racionalizarse<sup>10</sup>, la cosmovisión moderna se configura entorno a la idea motora de *progreso*, esto es, *mejoramiento gradual* de la situación del ser humano en el mundo. La *concepción del tiempo del progreso* se asienta sobre el hecho del incremento de la capacidad humana en la obtención de medios de vida y en la consecución de modos para alcanzar tales medios. En el ámbito social esto se traduce en la idea convertida en mito de un “mejoramiento social”, en cuanto que la *idea* de progreso significa un perfeccionamiento gradual e infinito, donde el sujeto universal es *la humanidad*<sup>11</sup>.

La nueva concepción del tiempo del progreso que se vive y se *percibe* de manera cada vez más *acelerada* forma parte de la transformación cultural en las sociedades europeas de las metrópolis. En las sociedades coloniales esta transformación se produce a menor velocidad?. Las comunidades indígenas deben integrarse ahora a una nueva forma de percibir el tiempo y a una nueva concepción del mismo, que se imponen sobre sus formas tradicionales de percibirlo y concebirlo, ya suficientemente adulteradas por el cristianismo, con el objeto de *ritmar* con la producción y reproducción social que exige el proceso de modernización.

<sup>9</sup>En MARRAMAIO, Giacomo. *Poder y secularización*. Barcelona: Ed. Península, 1989, pp. 78-79.

<sup>10</sup>La medición del tiempo, el proceso de secularización para favorecer la expansión de la producción y generación de riqueza, la aplicación de nuevas tecnologías en la producción, el nuevo orden social capitalista, los nuevos modelos de poder jurídico-político creados tras la Revolución Francesa, todo eso es resultado de un proceso de racionalización en la moderna concepción del mundo.

<sup>11</sup>CAPELLA, Juan Ramón. *op cit.*, pp. 17-26.

## El factor espacio

La historia de la organización y estructuración política del espacio geográfico se corresponde con la evolución histórica del *poder*. Éste, a su vez, viene condicionado por una determinada percepción y concepción cultural del espacio.

La concepción inmediata que uno tiene del espacio es la de una realidad natural y objetiva, una dimensión permanente e inmóvil, externa e independiente de las actividades humanas sean éstas de reproducción social o las de representaciones espirituales sobre el espacio. Es más, el espacio geográfico actúa como un factor que condiciona la vida humana.

Ya hicimos mención al diferente estadio evolutivo de las civilizaciones precolombinas con respecto a los conquistadores. Uno de los signos palpables de esa diferencia evolutiva hace referencia a los avances tecnológicos en favor de la civilización occidental. A pesar de los temores y supersticiones medievales sobre lo que se pudiera hallar en el inmenso espacio marino desconocido, la tecnología naval pudo facilitar la superación de esas creencias tradicionales y vencer el desafío de la, en principio, superioridad del espacio sobre el hombre.

En su evolución las sociedades indígenas se vieron limitadas por su estadio primitivo en el ámbito tecnológico. Las balsas, cargadores y recuas de camélidos (llamas) constituían los únicos medios técnicos de transporte y desplazamiento para largas distancias. La rueda no fue usada como elemento técnico para la producción o el transporte<sup>12</sup>. La mayoría de pueblos indígenas eran sedentarios o seminómadas, y los principalmente nómadas, dadas las dificultades técnicas y orográficas, cubrían distancias modestas.

La movilidad espacial de las comunidades indígenas estaba en función de los condicionantes ecológico-ambientales (sequías, agotamiento de recursos, la orografía del terreno) o políticos (guerras o conflictos interétnicos). En las sociedades indígenas la supervivencia colectiva estaba en función de la explotación de los recursos del espacio donde se hallaban asentados y su supervivencia cultural se circunscribía en dicho espacio.

Así, en la sierra sureña del Altiplano, para la obtención de productos diversos las comunidades se valían del sistema de *enclaves ecológicos* consistentes en núcleos permanentes de poblaciones que controlaban pisos ecológicos diferentes (terrenos de cultivos diferentes según su ubicación) y distantes por medio de colonias multiétnicas.

En la sierra central (Perú), las condiciones geográficas distintas hicieron que los indígenas adoptaran un modelo económico propio adaptado a las condiciones reinantes en la región:

<sup>12</sup> Las culturas mesoamericanas anteriores a la conquista ya comprendían el principio de la rueda al menos lo suficientemente bien como para aplicarla en juguetes de niños, tal como lo demuestran los yacimientos arqueológicos.

“El señorío de Canta comprendía ocho ayllus y, para atender a los cultivos situados a diversos niveles ecológicos, idearon un trabajo en común de los ocho ayllus de manera rotativa y de temporada. Para ello se mudaban de un lugar a otro con el objetivo de cumplir con determinadas faenas agrícolas. Esta transhumancia limitada les obligó a poseer, además de sus pueblos permanentes, unas aldeas comunes abitadas sólo temporalmente mientras cumplían sus labores en una zona.”<sup>13</sup>

Si el sistema económico andino venía condicionado por el espacio, propio de la orografía andina y de la meseta del Altiplano, se entiende que en el espacio costero el modelo fuese diferente:

“(…) la región yunga, a pesar de sus dilatados desiertos, es una región rica en recursos naturales renovables. Su mayor fuente de bienestar proviene del mar, un mar que era extraordinariamente abundante en su fauna ictiológica. (...) Estas primeras manifestaciones culturales se desarrollaron gracias a la explotación de los productos del mar (...). Los pescadores formaban grupos establecidos en las cercanías del litoral y, a pesar del tiempo, conservaron sus características propias. Ellos no poseían tierras de cultivo ni acudían a la *mita agrícola* de las aldeas vecinas de los agricultores. Poseían sus playas y lagunas propias, cuya explotación era valiosa para los pescadores (...). El excedente de la producción ictiológica era salada y secada y dio lugar a un trueque, no sólo en el mismo valle,(...) sino que les permitió establecer un intercambio con la sierra. (...) Se formó una complementariedad entre los asentamientos de pescadores y aquellos de los agricultores.”<sup>14</sup>

En las sociedades indígenas, la configuración del espacio físico fomenta determinados comportamientos en la relación con el propio entorno (el espacio y todo aquello que lo configura) y en consecuencia en la relación entre los sujetos. El factor espacio se percibe y se concibe como representación simbólica de las culturas indígenas en función de los fenómenos naturales y las realidades geográficas.

Pero tal y como son *percibidas* por una cultura las realidades espaciales “(...) éstas constituyen el resultado de una práctica estructurante del espíritu humano (...)”.<sup>15</sup>

En las comunidades indígenas la idea mítica del parentesco del hombre con todo lo que existe, expresada a través de la representación *ánimica* de todas las cosas, explica el vínculo de lo humano con las fuerzas de la naturaleza (el espacio desconocido es una fuerza). Esta idea se refleja en el comportamiento individual y social determinado por un parámetro esencial en las comunidades indígenas: la

<sup>13</sup> ROSTWOROWSKI, María. “Los modelos económicos”. *El sistema colonial en la América española*. Barcelona: Crítica, 1991, p.12.

<sup>14</sup> ROSTWOROWSKI, M. *op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>15</sup> HESPANHA, Antonio M. *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

**LA PERCEPCIÓN ESPACIO – TEMPORAL EN EL CHOQUE DE  
CULTURAS HISPANA E INDÍGENA EN IBEROAMÉRICA Y EL  
PROBLEMA DE LA MODERNIZACIÓN**

culturales, en una labor de inculcación ideológica, especialmente de valores sociales dominantes y de constitución de una determinada imagen del orden social.”<sup>17</sup>

La división política del espacio se convierte en un instrumento de poder que sirve tanto para organizar y estabilizar el poder de determinados grupos sociales como para decapitar políticamente a otros. Este fenómeno se impondrá en la ciudad indiana como modelo urbano que inicia su proceso de modernización en un racionalismo en su planeamiento destinado a ubicar los nuevos poderes administrativos, que tienden a desvincularse de la Corona, y a maximizar el comercio y la explotación agrícola de la región, es decir la ciudad concebida como centro de decisión y de producción.

Según puede observarse en las tradiciones indígenas, hay muchas comunidades reacias a la fundación de ciudades. En general el espacio indígena acoge variadas formas de movilidad espacial: la vida nómada o seminómada y la vida sedentaria de los grandes asentamientos urbanos precolombinos. En algunas áreas culturalmente desarrolladas había verdaderas ciudades asentadas en torno al espacio dedicado al culto religioso. Como el caso de los centros urbanos aztecas en México.

En este último caso los conquistadores aprovechaban los asentamientos transformando el aspecto del casco urbano y se apropiaron de los mejores solares. La vecindad indígena quedaba confinada a determinados barrios suburbanos.

El proceso de reubicación de las comunidades indígenas en nuevos espacios urbanos (ordenado mediante cédula de *congregación de naturales* de 1540) y la congregación de indios en espacios específicos con el propósito de reordenar la tierra bajo el orden semifeudal de las encomiendas, desocupando las tierras que poseían para fundar poblados de españoles y de mestizos (hacia 1550), supuso una política de *reducciones* de los asentamientos indígenas tradicionales para concentrarlos en lugares productivamente pobres, malsanos y superpoblados. Este proceso acabó fracasando por desequilibrios de abastecimiento y de producción.

A partir de la segunda mitad del siglo XVI se impulsó el proyecto de creación de un nuevo mundo indígena abandonando los escasos privilegios que aún conservaba la aristocracia indígena: *la república de indios*. Este proyecto contempló la congregación de todos los indios en pueblos y la redistribución de las tierras conforme a la imagen de las aldeas campesinas europeas de la época. Los núcleos urbanos quedarían definitivamente reservados para los españoles como espacios de dirección de la administración y la cultura hispanas.

Pero la mayoría de las ciudades de la colonia eran de nueva fundación. La ciudad indiana surgió por interés común del Estado (la Corona) y de los individuos (españoles). Le interesaba al Estado porque la concentración urbana facilitaba el control de sus colonias. Le interesaba a los individuos, primero por una fuerte tradición urbana peninsular más un interés estratégico, económico y político frente a la Corona.

<sup>17</sup> HESPANHA, Antonio M. *op. cit.* p. 88.

Las ciudades de tipo mixto, en las que moraban españoles mestizos e indígenas, se planificaron separando a los indios en uno o más barrios periféricos (los *cercados*). El lugar de máxima categoría y donde se concentraban las autoridades era el centro urbano alrededor de la plaza cuadrangular donde se hallaba la catedral. La periferia, la zona de *baldíos* de tierras no aprovechadas (ni aprovechables en su mayoría) solían recibir el asentamiento de grupos de indígenas que no lograban poseerlas de manera estable ya que estos terrenos eran objeto de especulación. La historia urbana de los indígenas, desde la conquista, se resume en una constante marginación espacial forzosa hacia lugares cuyas condiciones materiales nos describen asentamientos *contra natura*, máxime si pensamos que la base cultural de los indígenas, en su concepción del espacio, es contraria a esa nueva realidad impuesta.

Para la concepción moderna del espacio deja de existir un espacio con un mismo valor, un único significado y una única distribución. Las conquistas y la expansión espacial del sistema de producción capitalista para la obtención de materias primas y la creación en las metrópolis de los Estados-nación centralizados, contribuyen a una concepción plural y polivalente del espacio, dándose correlativamente una apropiación heterogénea de la extensión espacial en los diferentes niveles de la actividad humana<sup>18</sup>.

Con la creación por parte del poder colonial de fronteras artificiales que dividen comunidades coexistentes y agrupan comunidades enfrentadas, las diferentes concepciones espaciales que ahora coexisten dentro de una organización de un gran espacio son contradictorias y conflictivas entre sí: la distribución cultural, la distribución política y la distribución económica no coinciden, creándose diferentes tensiones entre múltiples y distintas fuerzas.

Para “aliviar” dicha tensión, el poder político del Estado-nación, organizador del espacio, opta por fortalecer y centralizar su poder de decisión, aunque *a posteriori* descentralice su facultad de gestión administrativa. Los instrumentos del poder para ello son: la creación de una estructura legal-racional de dominación moderna y un aparato burocrático organizado.

Los avances tecnológicos, sobre todo en el campo de la comunicación, permiten distribuir las redes de dominación política a lo largo y ancho del territorio, superando los accidentes geográficos naturales, introduciendo una nueva percepción espacial entre las comunidades indígenas aisladas tradicionalmente y limitadas en el ámbito de su conocimiento de los límites reales del territorio.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> HESPANHA, Antonio M. *op.cit.* p. 89.

<sup>19</sup> Para Antonio M. Hespanha las técnicas de comunicación político-administrativa basadas en la oralidad (vehículo de transmisión jurídica propio de las comunidades indígenas) exigen contacto personal por lo que necesariamente limita el radio de la acción político-administrativa, por tanto la concepción administrativa del espacio (*op. cit.*, p.101).

### 3. La Pretensión de la Universalización de la Idea de *Modernidad* en Iberoamérica y con lo que ésta se Topa

El paradigma maximalista moderno de universalizar la ética de la racionalidad liberal-individualista, la racionalidad lógico-formal centralizadora del Derecho producido por el Estado, el sistema de producción capitalista que configura un espacio de relaciones depredadoras del medio ambiente y de las relaciones humanas mediatizadas por el interés de la contraprestación, la funcionalidad, el trabajo alienante y la artefactualidad, supone una dinámica de simplificación de las complejidades (conflictivas) sociales en un proceso de homologación de la vida. El proceso de universalización de este paradigma es una *pretensión*, y no un logro, dado que choca frontalmente con aquellas comunidades diferentes que sin embargo también forman parte de la realidad social actual. Estas comunidades *diferentes* se fundamentan en una ética de la resistencia a la absorción por el proceso de homologación moderno. En su persistente lucha en la reafirmación de la propia identidad y, consecuentemente, en la libre organización política y social de su vida, estas comunidades suponen un claro obstáculo al desarrollo universal del paradigma moderno.

Por otro lado, la desestructuración social interna de las comunidades indígenas producida por la colonización cultural del paradigma moderno y su sistema de producción económico, que llevan a la ruptura de los vínculos sociales tradicionales, ha creado una base social carente de las condiciones práctico-materiales necesarias para esa *integración social* que pretende la modernización.

Para culminar el proceso de modernización en Iberoamérica, según el esquema occidental europeo y norteamericano, se necesita una base social y cultural más o menos homogeneizada que en esa región no existe. Allí la multiétnicidad, la heterogeneidad social y cultural de comunidades indígenas, mestizas y grupos sociales marginales que malconviven en un mismo espacio con la sociedad occidentalizada provoca un dinamismo en la intervención del Estado que toma necesariamente un carácter autoritario y represivo en aras de sofocar el trauma del conflicto social originado por los intereses en conflicto y alcanzar su objetivo de modernización.

El conflicto social viene generado no sólo por el propio proceso de homogeneización de las diferencias en conflicto en un modelo social y cultural aceptable para el proyecto de expansión capitalista, sino por lo que este mismo proyecto demanda para su funcionamiento: la disponibilidad de grupos sociales subalternos y la exclusión (incluido el exterminio) de los grupos más marginales o resistentes. En el caso de América latina, según nuestro parecer, no es seguro que se desee alcanzar algún día la *modernidad europea*, dado que la lucha por el funcionamiento efectivo del proceso de modernización, sobre la base del desarrollo y expansión de la economía capitalista, precisa una forma autoritaria del Estado para garantizar las inversiones de capital ahogando el conflicto social.

## EL PROBLEMA DE LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO

Luis Manuel Sánchez Fernández\*

### 1. ¿Interpretar o Producir el Derecho?

La pregunta resulta pertinente en un medio jurídico de fuerte propensión legalista como el latinoamericano. En efecto, varios indicadores culturales, entre los que destacan la orientación “codiguera” de la formación académica y la predilección por las tareas de la dogmática jurídica, muestran que los operadores del derecho -jueces, fiscales y abogados-, en nuestros países, se reconocen preferentemente como intérpretes del Derecho, sin interrogarse de manera conciente sobre su actuación como creadores, o más exactamente, productores del Derecho.

Esa autolimitación es visible en el contexto de la llamada tradición romano germánica, pero no deja de afectar a los sistemas de influencia anglosajona. El profesor Lief Carter ha hecho notar el predominio, y el subsiguiente fracaso, del textualismo incluso en la tradición Constitucional norteamericana, planteando enseguida la necesidad de romper con el “hábito del pensamiento legalista” que le exige al Derecho “ser mecanicista, determinado y, como una prueba matemática demostrar la singular corrección de sus resultados”<sup>1</sup>

El legalismo como sentido jurídico común está asociado, por cierto, al predominio del positivismo jurídico o normativismo más difundido en la estructura institucional del Derecho. A veces suele atribuirse inmediatamente a la herencia de Kelsen pero, según creemos, no se desprende necesariamente de la obra de este autor. En Kelsen el momento productivo es decisivo para entender la función judicial<sup>2</sup>. Ya desde su Teoría General del Estado Kelsen postula que tanto la legislación como la jurisdicción comprometen procesos de creación y aplicación de Derecho, y que la antítesis de “creación y aplicación de Derecho, no es absoluta, sino relativa”<sup>3</sup>.

El entronque principal del legalismo parece darse más bien con lo que Calsamiglia ha llamado el paradigma de Austin, cuyo “objeto fundamental es la descripción de las normas del derecho positivo”<sup>4</sup>, deviniendo, enseguida en el culto

\*Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa Perú.

<sup>1</sup> CARTER, Lief. “Derecho constitucional contemporáneo. La Suprema Corte y el Arte de la Política”. *Abeledo Perrot*. Bs. As. 1985, p. 25.

<sup>2</sup> Véase KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1983, pp. 357.

<sup>3</sup> KELSEN, H. *Teoría general del estado*, p. 302.

<sup>4</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. México: Ediciones Fontamara S.A., 1993, p.65.

privilegiado de la norma puesta preferentemente por medios escritos. Este paradigma, tan característico de la dogmática tradicional, en algún punto no deja de ser metodológicamente grato a cierto jusnaturalismo. Después de todo positivismo y jusnaturalismo tienen de común el asumir al Derecho como una cosa “dada” que al jurista sólo le correspondería “descubrir”. Eso explica que el Derecho sea entendido corrientemente como una ciencia “hermenéutica”<sup>5</sup> en un sentido interpretativo, tesis que se empobrece mucho más cuando se entiende el Derecho reducido meramente a la ley, como se planteó por escuelas como la de la exégesis en Francia, o la escuela dogmática en Alemania.

Poner el acento en la interpretación, sugiere la admisión explícita o implícita de que el Derecho está hecho para el operador. Es decir, que preexiste al intérprete. En consecuencia sólo restaría describirlo o interpretarlo<sup>6</sup>. Se comprende enseguida por qué la postura interpretativista tiende a sublimarse irremisiblemente como legitimadora del orden jurídico constituido y a menudo a mostrar un prejuicio conservador presentado circunstancialmente como “ciencia jurídica”.

Desde el otro ángulo, poner el acento en la producción del Derecho provee mayor aptitud para reconocer que el Derecho es un discurso que se “hace” y no preexiste. Se revalor, en consecuencia, la capacidad humana para construir Derecho, y se allana el camino para preguntarse por las condiciones en que éste se produce: cómo es posible que las normas existentes sean llamadas “Derecho” y cómo es así que este “Derecho” responde o no a las necesidades e intereses de los individuos en sociedad. En esta segunda opción el jurista asume una postura crítica del discurso jurídico, lo que puede ahorrarle instrumentalizarse como custodio o ejecutor del sistema de poder convencional dominante.

Kelsen es de los pocos juristas clásicos que demuestran especial interés por el problema de las relaciones entre producir e interpretar el Derecho. Según se dijo Kelsen entiende el acto de “aplicación” del Derecho como acto de producción de normas<sup>7</sup>. No sólo el legislador “produce normas”, sostiene, sino también el juez; de ahí el carácter “constitutivo de la sentencia”<sup>8</sup>. Por otro lado, “interpretar” no sólo es

<sup>5</sup> Modesto Saavedra hace notar que “Muchas veces se ha puesto de relieve el paralelismo de este modelo de ciencia jurídica con otra disciplina hermenéutica de la que aquélla es deudora desde un punto de vista histórico-teórico: la Teología”, vid. *Interpretación del derecho y crítica jurídica*. México: Editorial Fontamara S.A., 1994, p. 43.

<sup>6</sup> Algunas posturas como las del Uso Alternativo del Derecho abogan por una nueva función del Derecho desde el seno de la interpretación. Pero en el momento en que la interpretación logra independizarse del contenido normativo originario sólo de modo muy convencional puede seguir llamándose “interpretación”. En esas condiciones sería más acertado hablar del Razonamiento Jurídico antes que de la “interpretación”, como surge de la propuesta del profesor Fernando de Trazegnies en su *Introducción a la filosofía y a la teoría general del derecho*. Lima: PUC, 1986. Una Teoría de la Argumentación Jurídica como la que proviene de autores como Alexy y Atienza, sustituye con incluso mayor ventaja el viejo tópico de la interpretación heredado del patrón positivista.

<sup>7</sup> Cfr. KELSEN, *op. cit.* pp.243-245. El propio término de “Producción del Derecho” que aquí retomamos es Kelseniano, especialmente a partir de la 2da edición de la Teoría Pura, y para los hispano hablantes, de la traducción realizada por Roberto J. Vernengo, quién advierte la preferencia del profesor austriaco por el término de “producción” en lugar de “creación”, véase, loc. cit., p.357.

<sup>8</sup> *Op. cit.* p. 246.

conocer sino también optar voluntariamente entre las varias interpretaciones posibles de la norma, puesto que no existe la norma con significado unívoco<sup>9</sup>. La Dinámica Jurídica Kelseniana puede describirse en ese sentido como una teoría de la producción judicial del Derecho.

La aguda distinción que establece Kelsen no le impide sostener, aunque suene paradójico, o precisamente por ello, la tesis de que entre “producir” e “interpretar” el derecho no hay separación de principio, por lo que nunca se ha dado ni se dará una pura “interpretación” que no sea al mismo tiempo “producción” de normas. “La sentencia judicial - dice en su Teoría General del Estado- es aplicación del Derecho si se la considera en relación con el grado normativo superior de la ley, por lo cual es la sentencia jurídicamente determinada. Pero es creación de Derecho si se la considera en relación con aquellos actos jurídicos que han de realizarse “sobre la base”de la misma...”<sup>10</sup>

En referencia a estas tesis el positivismo de muchos de los positivistas que “prosiguen” o enseñan a Kelsen en las Universidades latinoamericanas se exhibe notoriamente empobrecido. En principio, porque soslayan la capacidad productiva del juzgador, reduciéndolo a mero intérprete o aplicador de la norma. En segundo, porque asumen la interpretación como puro acto cognoscitivo, peor aún reducido a sus alcances literales y/o lógico formales. Es claro que esto ocurre preferentemente en el nivel del modelo teórico asumido por la mayoría de juristas, aunque en la práctica muchos de ellos se comporten como productores inconscientes.

La exposición Kelseniana resulta pertinente para comprender los posibles alcances y responsabilidades de la función judicial, en la producción de Derecho, aspecto en el que han insistido posteriormente diversas corrientes no interpretativistas<sup>11</sup>. No obstante, más allá de los alcances de la decisión judicial, resulta teóricamente posible y necesario distinguir un momento propiamente productivo del Derecho, que no se realiza en específico por el juez. Es el momento de generación política de la norma, teóricamente reservado al poder legislativo, a los legisladores, y a determinados miembros del poder ejecutivo.

En este sentido cuando en su Teoría Pura soslaya este momento del funcionamiento del Derecho kelsen se comporta como lo que podría llamarse un “positivista ideológico” consecuente. No se interesa, en apariencia, en cuestionar el sistema de normas producido en el momento no judicial y lo toma por aceptado<sup>12</sup> dispuesto a moverse estrictamente en su interior. Y sin embargo este

<sup>9</sup> *Op. cit.* p. 353.

<sup>10</sup> KELSEN, *op. cit.* p. 395.

<sup>11</sup> Es el caso conocido del movimiento Critical Legal Studies desplegado en los Estados Unidos, que ha dado lugar a importantes corrientes entre las que destacan las del no interpretativismo, véase CARTER, Lief H. *op. cit.* p. 157.

<sup>12</sup> Y decimos “en apariencia” puesto que Kelsen tampoco se muestra interesado en defender las normas producidas en el momento legislativo. Más aún declara explícitamente en el prólogo de su “Teoría Pura” que no le interesa justificar ningún derecho en particular, y por el contrario le preocupa retirar de la Teoría del Derecho todo elemento de politización. Véase, *op. cit.*

momento de producción normativa es de tanta importancia que bien puede decirse que, cuando menos en nuestra cultura jurídica, determina el tipo de decisiones emitidas por la actuación judicial ulterior.

Esta puede constituir, a juicio nuestro, la objeción fundamental que se le puede hacer al patrón de pensamiento positivista jurídico dominante en América Latina: el haber tendido una cortina de humo sobre la producción fundante del sistema jurídico y haber subordinado la función del Derecho al supuesto de la Política. En el contexto internacional Bobbio afirma que esta actitud habría significado “un auténtico cambio de paradigma del pensamiento jurídico” que se habría producido a finales del siglo XVIII, y que habría llevado al Derecho Moderno a abandonar la razón sustantiva en aras de la formal, al sucumbir la creación ante la aplicación del Derecho<sup>13</sup>.

En lo que sigue nos proponemos revisar la manera en que Producción e Interpretación se combinan en el funcionamiento del Derecho, partiendo de un enfoque dinámico del Sistema Jurídico. Desde la perspectiva de la argumentación este enfoque nos llevará a concordar con gran parte de la propuesta del Profesor Manuel Atienza cuando distingue tres contextos de la argumentación jurídica : el de la producción o establecimiento de normas jurídicas, el de la aplicación, y el de la dogmática jurídica<sup>14</sup>.

## 2. Dinámica del Sistema Jurídico

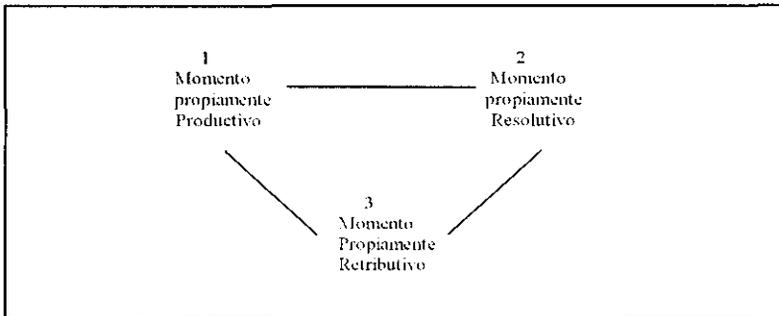
La gente asocia usualmente la imagen del Derecho a la del juzgador, los abogados y las partes en litigio. El estereotipo es más acentuado cuando se indaga por la justicia. Administrar justicia en el imaginario común se identifica casi exclusivamente con la concurrencia de las partes ante el juez para que éste decida lo justo ante la litis que tiene planteada. Por este camino la justicia aparece identificada con lo que podríamos llamar “*justicia resolutive*”, es decir, la justicia como arte de resolver conflictos. Pero esta imagen sólo corresponde a una parte, o un sector, o un momento de la realidad de funcionamiento del Derecho. Existe también lo que podría denominarse *justicia constitutiva o estatutiva*, que tiene realidad cuando el derecho estatuye relaciones creando el tejido primario de interrelación humana. Además existe lo que se denomina *justicia retributiva* aplicada a quienes han causado un daño irreparable a los otros miembros de la comunidad<sup>15</sup>.

<sup>13</sup>Cfr. ATIENZA, Manuel. “Razon practica y legislacion”, en *Revista de Estudios Parlamentarios*. México D.F. p. 10.

<sup>14</sup>Véase, ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 19-20.

<sup>15</sup>Recordemos que ya Aristóteles distinguía una justicia distributiva, otra “correctiva” o conmutativa y una de “reciprocidad”. Véase. STRAUSS y CROPSEY. *Historia de la filosofía política*. México D. F.: FCE, 1992, p. 132.

Lo sostenido puede gratificarse mejor si se contempla la actuación del Derecho en la sociedad desde una perspectiva que llamaremos genética, sistémica y dinámica. Desde ese punto de vista es posible distinguir tres grandes momentos en el itinerario de las normas jurídicas:



El momento inicial puede llamarse también, en un cierto sentido, *momento preventivo del Derecho*, desde que el acto de producción de normas funda el sistema de relaciones sociales, y al hacerlo puede estatuir condiciones apropiadas, óptimas o equitativas para la convivencia, o, en su caso, multiplicar áreas de conflicto potencial que agudizarán las tensiones y desembocarán eventualmente en el enfrentamiento de intereses entre individuos o grupos de individuos.

La norma que da el legislativo o el ejecutivo, y más aún la establecida en la Constitución, puede ser más o menos equilibrante o desequilibrante según responda o no a la racionalidad socialmente aceptada, o según afecte o no a las necesidades y expectativas de los usuarios. Desde este punto de vista hablamos de una *Justicia Constitutiva* porque el acto normativo inicial puede instaurar una relación socialmente justa o injusta, eficiente o ineficiente, de acuerdo con las correlaciones de intereses, o con la voluntad de los actores encargados de tomar la decisión constituyente o legislativa.

En este primer momento el órgano productor de la norma estatuye las instituciones sociales y el “marco institucional” en el que se desenvolverán los individuos; distribuye los recursos escasos en especial al asignar los derechos de propiedad; organiza las relaciones entre individuos, grupos y estado; consagra determinados valores como positivos y proscribidos los que no coinciden con la racionalidad de los miembros del órgano productor; establece la jerarquía de intereses sociales preferentes que luego el Estado propugnará, etc.

El acto jurídico productivo no sólo “etiqueta” al delincuente - como dirían los criminólogos críticos-, sino que “etiqueta”, “señaliza”, “simboliza” toda la praxis social, instaurando la racionalidad dominante que ha de mediar los principales procesos

comunicativos en la sociedad. La importancia de este momento es por ello extraordinaria y, según creemos, decisiva para entender la función del Derecho dentro del ordenamiento social<sup>16</sup>. Podría decirse que si el Derecho tiene alguna posibilidad preventiva importante en relación a la generación de conflictos, es probablemente en este momento donde puede obtener sus mejores resultados.

El segundo momento resolutorio o aplicativo, está condicionado en general al primero; se enmarca en el gran lienzo -para utilizar la figura Kelseniana- urdido en el momento productivo. No significa que la interpretación esté condenada a ser rígida. Por el contrario, siguiendo los sólidos argumentos Kelsenianos puede tenerse por admitido que la actuación judicial supone un gran esfuerzo productivo de normas, en la medida del carácter polisémico del lenguaje normativo, de los espacios contradictorios y “lagunas” de la normatividad establecida, y en general de las indeterminaciones de la norma, así como de los permanentes cambios de la realidad y de las convicciones políticas de los Jueces. Pero puede pensarse que lo específico de este momento no es el “producir” normas sino, en particular, el resolver conflictos que fueron previstos por la norma; que no fueron previstos sea por descuido de la norma o porque era imposible preverlos; o que fueron suscitados por las irracionalidades del momento productivo.

De manera que si el acto productivo es desequilibrante, para decirlo llanamente, los problemas se trasladan al momento resolutorio. En cierto sentido, la aglomeración de conflictos en los tribunales expresa la irracionalidad mayor o menor del momento productivo de normas. Tendría que pensarse, entonces, que una sociedad en crisis difícilmente podrá corregirse concentrando el énfasis en el segundo momento.

En el momento resolutorio, el juez - en el modelo de justicia de nuestra experiencia constitucional- deviene en el protagonista central. Subsecuentemente la función predominante es la de interpretación de la norma si bien esa interpretación puede asumirse en el fondo como un acto de creación normativa frente al caso específico, o más bien una segunda forma de argumentación que circunstancialmente puede desembocar en razonamientos de validez general<sup>17</sup>.

El tercer momento es el de los hechos consumados. Es el momento en que la norma actúa como respuesta del orden jurídico frente al conflicto que ya produjo el resultado irreparable. El orden jurídico interviene aquí para imponer la sanción que, como indica Kelsen, es sólo su elemento “retributivo” específico<sup>18</sup>, y lo hace a través del aparato represivo del estado, la policía y las cárceles. Si el momento resolutorio

<sup>16</sup> Desde otro punto de vista el acto constitutivo podría también establecer las condiciones normativas del discurso rotulado como “ciencia jurídica”, Véase, CORREAS, Oscar. *Crítica de la ideología jurídica*. México D. F.: UNAM, 1993, p. 92.

<sup>17</sup> La Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy parece destinarse específicamente para este segundo momento “aplicativo” del Derecho, en la medida que dicho autor sostiene que la argumentación jurídica debe partir “del derecho existente”. Véase, ALEXY, R. “Teoría de la argumentación jurídica”. *La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Madrid: CEC, 1989, p. 206.

<sup>18</sup> KELSEN. *op. cit.* pp. 38 y ss.

tienen eficacia disminuida para enfrentar los conflictos generados en el momento productivo, el momento retributivo puede menos aún, según muchas evidencias, prevenir los conflictos como a veces se cree. La durísima y restringida función del momento represivo no guarda proporción con el extraordinario interés que suele darse al sistema penal como mecanismo de “prevención” de los conflictos<sup>19</sup>.

### 3. Consecuencias de una visión segmentada del Sistema Jurídico

A nuestro juicio la ausencia de una visión sistémica y dinámica del sistema jurídico puede conectarse con ciertas prácticas jurídicas perniciosas institucionalizadas en nuestros países, las cuales se describen en hechos como los que siguen:

a) El momento propiamente productivo del Derecho está sustancialmente descuidado por los juristas. Los operadores jurídicos orientan su preocupación central al momento resolutorio de conflictos. Esa es la motivación con que se forman en la Universidad y que llevan a la práctica como jueces, abogados, fiscales y aún como investigadores. La producción originaria del Derecho está abandonada a las correlaciones no siempre regladas de la política. Los juristas generalmente se resignan a trabajar con el material suministrado por los políticos, los elegidos, las élites de poder económico, político o social, asumiendo con ello una función legitimadora del poder que se revela ostensible en la asociación frecuente con las dictaduras.

En el horizonte ideológico dominante la labor de los juristas tendrían que ver muy poco con el momento productivo, lo que de algún modo logra explicarse por el acento que pone el positivismo en la norma instituida y no en la instituyente<sup>20</sup>. Para decirlo de un modo simplificado: los fiscales, jueces y abogados dedicados a “aplicar la ley; los profesores a decodificar los Códigos y los doctrinarios y juristas dogmáticos a elaborar sus teorías a partir de los contenidos que trae la propia ley positiva<sup>21</sup>. Las teorías y técnicas de elaboración Constitucional y legislativa se hallan muy poco desarrolladas en nuestro medio<sup>22</sup>, y, que sepamos, ninguna Universidad latinoamericana programa asignaturas dirigidas a formar en estos campos.

<sup>19</sup> Los más recientes estudios sobre los efectos del castigo presentan un panorama desolador. La eficacia de la pena como medio de prevención sería mínima cuando no nula, véase, ZAFFARONI, E.R. *En busca de las penas perdidas*. Lima: AFA editores, 1990.

<sup>20</sup> Esto no pretende ocultar los importantes avances que se han dado en la democratización de los mecanismos de producción del Derecho por el lado del Derecho Constitucional. Lo único que nos interesa resaltar es el poco interés conciente que existe de parte de los juristas por este momento decisivo del funcionamiento del orden jurídico.

<sup>21</sup> Alfredo Bullard se queja de que, en materia civil, “la mayoría de los criterios de distinción entre reales y obligaciones...se basan en las definiciones que traen los códigos”, vid. *La relación jurídico patrimonial*. Lima: Lluvia Editores, 1990, p. 225, pero no sólo es característico en el Derecho Civil. También existe en materia Constitucional, y en materia penal las instituciones de la Dogmática Penal se han desarrollado a tal grado dependiente de los textos normativos nacionales que puede decirse que la subordinación de la teoría a la política aparece casi consumada.

<sup>22</sup> Cfr. SOTELLO, Luis Raygosa. “Algunas consideraciones sobre la creación de leyes en México”, en *Isonomía*. México D. F., No. 3, ITAM, p. 215.

b) Peor aún, la ponderación exagerada del momento resolutivo de conflictos se circunscribe a una actividad de “interpretación” entendida en su sentido más estrecho, sin asumir de manera conciente y responsable los espacios de creación judicial normativa. Tal interpretación usualmente tampoco incorpora los diversos componentes del complejo mundo de lo jurídico -v. gr. la costumbre o los principios del derecho nacional-, reduciéndose a menudo a la mera interpretación de la ley. La consecuencia es la exacerbación del principio de legalidad hasta extremos de ostensible formalismo y contraposición con la vida. Esto puede explicar también que los códigos sean el material casi exclusivo de formación universitaria, y por otro lado, el temor casi patológico de los magistrados a incurrir en el cajón de sastre llamado “prevaricato”.

La interpretación positivista corriente usualmente no pasa del nivel cognoscitivo, exclusivizando además la interpretación literal, lógica y sistemática. Otros criterios como el teleológico, sociológico, económico, político o axiológico, son generalmente dejados de lado. Proponerles a nuestros magistrados que produzcan derecho - como lo propuso Kelsen hace casi 60 años - es pedirles una responsabilidad por la administración de justicia que hasta hoy la mayoría prefiere descargarla en la fuerza de la ley <sup>23</sup>.

c) Pero la perversión extrema de la tradición del positivismo reside no sólo en la sujeción teórica y dogmática a la ley, sino, al final, en el culto a la aplicación por fuerza de la ley. Pasa así a jugar un papel preponderante el momento represivo del derecho y con ello las expectativas se concentran en el sistema penal. En cierto sentido el privilegio que el positivismo textualista pone en el momento interpretativo sólo se entiende como preparatorio del momento represivo. Incapacitados o desinteresados por la prevención de los conflictos en el momento productivo, y autoconvencidos de que la ley es en sí misma una razón suficiente para la acción, los operadores prefieren dirigir sus esfuerzos y expectativas al momento represivo, presuponiendo que el derecho vigente es bueno o legítimo en sí mismo, que las imperfecciones corren por cuenta de la gente, que los malos son los hombres signados como delincuentes, y que la mejor forma de lograr que el derecho se cumpla es imponiendo sanciones.

Así se origina toda la mitología de la “prevención”, la “reeducación”, y la “resocialización” del delincuente, que pretende resolver en el momento represivo los problemas que no fueron previstos o que incluso fueron generados en el momento productivo de funcionamiento del sistema jurídico. Se le atribuyen a la pena cualidades de salvación inconciliables con su naturaleza de castigo. El sistema se ordena privilegiando el momento represivo, por encima incluso de las posibilidades del momento resolutivo. Los operadores jurídicos laboran disciplinadamente en esa dirección y la sociedad de masas en pleno deposita sus expectativas de atención a sus conflictos en la intervención del aparato represivo del Estado.

<sup>23</sup> Cfr. ZAFFARONI, E.R. *En busca de las penas perdidas*. Lima: AFA editores, 1990, pp. 295-296.

El grado de exacerbación del momento represivo a que ha llevado el positivismo ideológico, puede medirse con facilidad en el creciente desencanto de los penalistas, al descubrir que el sistema penal no cumple con los fines que dice cumplir en relación a los males de una sociedad que serían de naturaleza “estructural”<sup>24</sup>.

Otras insuficiencias o exageraciones del sentido jurídico positivista sobre las que queremos insistir son las siguientes:

d) Al desentenderse del momento productivo, el derecho es asumido estáticamente, como algo “dado”. El dinamismo del sistema es asumido de modo tautológico. La mayor o única dinámica que se admite es en la interpretación, la misma que está condenada a reproducir - cuando menos en el modelo ideológico más difundido- lo que ya está considerado por la norma superior. Interpretar según este punto de vista es, aceptar, en principio, que no es posible ir más allá del marco de la norma fundante, identificada para el caso con las disposiciones de la Constitución escrita. El sistema jurídico tiene muy pocos o ningún mecanismo de retroalimentación o de asimilación al cambio social. A partir de ello la posibilidad de que el Derecho se desfase del sistema necesidades reales es por cierto muy alta.

e) Al desentenderse del momento productivo los juristas acaban aceptando de facto el monopolio productivo del Derecho por el Estado, lo cual es posible por la existencia de éste como órgano especializado y divorciado de la sociedad civil, y por la aceptación acrítica de las ficciones de la democracia representativa. Esto conduce al resultado de que la racionalidad jurídica en la que se desenvuelve la sociedad muy limitadamente resulta siendo producida por la sociedad misma, o por medios democráticos. La mayoría de las veces es instituida por los ilustrados o déspotas que gobiernan, con la complacencia real o fingida de los juristas. Esto equivale a dejar la producción del derecho en manos de las élites que con fortuna ganan la contienda electoral periódicamente. Las élites fabrican y suministran el Derecho que administrado por los juristas servirá para consumo obligatorio de la población.

f) Además, en los hechos, ello conduce al predominio casi absoluto de la ley, en menoscabo de la creación jurídica que corre por cuenta de las prácticas habituales de los grupos sociales, sea a través de la costumbre, el derecho informal (expresión paradójica), etc. De modo consustancial se llega a un ideal de seguridad jurídica pero en interés de los grupos que suministran el derecho, reñido a menudo con las exigencias de desarrollo de la gran masa de votantes. La desarticulación entre vocación formal de la norma y situaciones sociales reales hace de la seguridad jurídica poco menos que una trampa o privilegio de las élites productoras del Derecho.

<sup>24</sup>Cfr. ZAFFARONI, *op. cit.* p. 198. En este sentido parece mucho más útil el punto de vista que ve en el sistema penal sólo un mecanismo de reproducción y mantención de las relaciones sociales de desigualdad, o de reforzamiento de roles, tal como surge de la exposición de Baratta, Foucault, o de las teorías del etiquetamiento; en lugar de creer que posee eficacia institutiva determinante.

#### 4. Problemas Vinculados Con La Producción Sistémica Del Derecho

Si el modelo anterior es útil para explicar la actual cultura jurídica latinoamericana, como en la hipótesis que nos sirve de base, entonces se podría pensar en un conjunto de opciones para producir el Derecho en la perspectiva de corregir las exageraciones de lo que puede denominarse el “modelo positivista jurídico de Justicia”.

Sería necesario, en principio, prestar especial atención al momento propiamente productivo o preventivo del Derecho. El esfuerzo de los operadores jurídicos tiene que aumentar en esa dirección, con el objeto de lograr que la organización de las relaciones sociales sea lo más equilibrada posible. La prioridad del momento productivo supondría, a nuestro juicio, el logro de cuando menos dos condiciones :

a) *Legitimidad democrática* de la norma, en cuanto a los mecanismos como es producida, a los sujetos que la producen, y a los contenidos democráticos que se producen,

b) *Eficiencia* de la norma, en cuanto los resultados previstos de su aplicación aumenten los niveles de bienestar y disminuyan los costos sociales integrales de la coexistencia.

La búsqueda de la Legitimidad de lo jurídico llevaría a repensar las condiciones en que se genera el derecho en nuestra sociedad, lo que tiene que ver con el modelo de democracia escogido, y sugiere que el actual modelo democrático representativo, en las condiciones de países fuertemente centralistas y con una pluralidad enorme de geografía, economía y cultura, restringe negativamente los contenidos de legitimidad de la norma. Más aún lleva a preguntarse hasta qué punto la Teoría General del Derecho debe ir más allá de la Validez y Eficacia de la norma e indagar por las condiciones que fundan la Legitimidad de lo jurídico.

La consideración de la Eficiencia obliga a que el jurista tenga que preocuparse de evaluar anticipadamente los costos de la norma, antes de aceptar el furor normativo del legislador o del ejecutivo, o de entusiasmarse en la aplicación estricta de la ley con absoluto desdén por los resultados que ello produce. Este último tema es tratado de modo todavía restringido en los predios académicos, y con inocultable sesgo hacia los costos económicos. Es el caso de las escuelas norteamericanas de los “costos de transacción”, de los “derechos de propiedad”, “Law and economics”, para quienes lo más importante sería lograr que el Derecho disminuya los costos económicos de transacción o asigne adecuadamente los derechos de propiedad a fin de alcanzar la eficiencia en el funcionamiento de la economía de mercado<sup>25</sup>. Esta manera de entender la eficiencia de la norma puede revelarse incompleta si se consideran junto a la

<sup>25</sup> Cfr., COASE, Ronald. *El problema del costo social*. Interamericana, 1973. También, POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. USA: Little Brown and Company, 1977.

eficiencia económica, los objetivos de la equidad y la justicia social, así como la sustentabilidad del ecosistema, tres objetivos sustantivos inseparables<sup>26</sup>, entre los cuales, como diría Rawls, sólo es posible establecer un ordenamiento de carácter lexicográfico.

La cuestión de la Eficiencia plantea también desafíos similares a la Teoría Jurídica: ¿Debería este concepto formar parte del estudio del Derecho? Podría pensarse que este es un problema externo a la Teoría del Derecho y que su tratamiento es más bien tema de la sociología, la economía o la política jurídicas. Sin embargo esto sería establecer una ruptura demasiado radical entre norma y sociedad, y por otra vía, recaer en la trampa del positivismo neokantiano que se empeña en explicar el Derecho absolutamente por fuera del mundo.

La prioridad del momento productivo debería significar también incrementar la función productora del Juez en el momento de resolver conflictos en el sentido de la propuesta de Kelsen. No debe perderse de vista que el fin último de la intervención del jugador no es “aplicar la ley” sino resolver conflictos. Con ello las facultades discrecionales del juzgador se amplían y estamos a las puertas de pasar de una teoría de la interpretación a una teoría del razonamiento jurídico, y mejor aún, a una Teoría de la Argumentación Jurídica, como se viene haciendo por la Jurisprudencia europea.

Una tercera consecuencia tiene que ver con incrementar el contralor popular de manera descentralizada en los diferentes momentos de funcionamiento del Derecho, sea en la producción, la “aplicación”, la ejecución, o la fiscalización de las normas. Es probable que gran parte de la irracionalidad de los contenidos normativos se deba a dos factores entre otros:

- a) los órganos productores de normas no recogen la información de todas las experiencias que se libran en los diversos ámbitos de la sociedad;
- b) los mecanismos para tomar decisiones jurídicas no permiten tomar en cuenta los criterios ni la voluntad cotidiana de la gente. Los grupos dirigentes actúan como si ellos tuviesen en sus manos toda la experiencia vivida, y como si sus criterios de opción fuesen siempre los mejores y los únicos

Por último debería pensarse también en ampliar los mecanismos de producción de las normas y de resolución de conflictos<sup>27</sup>, teniendo en cuenta la diversidad de grupos, sectores, clases, estratos, etnias, culturas, y experiencias que conforman la especificidad de los países latinoamericanos. Pretender sujetar esta riqueza social a un modelo exclusivo de producción de derecho o de resolución de conflictos, parece una salida poco realista y no democrática. El orden jurídico será más eficaz en tanto sea más concreto, en tanto sea apropiado para atender las expectativas específicas de cada grupo y de cada individuo, así como para coordinar los diferentes subsistemas

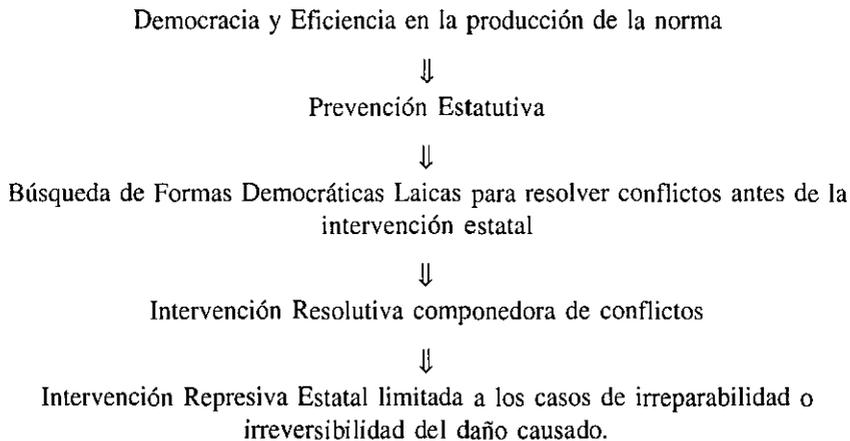
<sup>26</sup> Cfr. DALY, Herman E. y TOWNSEND, Kenneth. *Valuing the earth*. USA: MIT, 1993, Introduction.

<sup>27</sup> En este punto el tema nos aproxima al llamado “pluralismo jurídico” que se presenta también, en la experiencia latinoamericana, como alternativa al modelo jurídico positivista, desde el ángulo de las nuevas prácticas populares, verificadas en años recientes.

jurídicos coexistentes. El universalismo *a priori* puede conducir a una homogenización forzada y a la formación de estereotipos burocratizados que finalmente terminan sacrificando a los hombres reales en el altar del culto a la norma general.

En términos operativos esto habría de significar el aumento de las facultades discrecionales del juzgador, la aceptación de los modelos de solución de conflictos alternativos, “informales”, “marginales” que encuentren acogida social positiva; un reconocimiento mayor del rol de la costumbre como fuente de derecho; una apertura a opciones de solución de conflictos no atadas de pies y manos a la legalidad, especialmente en campos como el Derecho Civil, Comercial, o Laboral. Si la decisión del Juez resolvió el conflicto con satisfacción de las partes poco importa que sea “ilegal”<sup>28</sup>. El principio de legalidad habría de funcionar sólo como prohibición de regreso, para impedir soluciones negativas para las partes o para la sociedad, pero no para innovar positivamente si esto mejora el bienestar de todas las partes comprometidas en el conflicto.

Esto también debería llevar a admitir que la intervención de los órganos judiciales en la resolución de conflictos sólo tiene cabida como segunda ratio, esto es, cuando las instituciones “laicas” (familia, colegio, comunidad, etc), óptimamente estructuradas, han fracasado. En consecuencia la Administración dinámica del sistema jurídico habría de buscar conseguir cuando menos los siguientes objetivos secuenciales:



<sup>28</sup>Una propuesta interesante, en este sentido, es la que proviene del Análisis Económico del Derecho al sugerir algunos criterios para decidir qué contratos son obligatorios, y en cuáles otros el Juez puede decidir por la solución más eficiente que mejore a las partes aun con “violación” de lo pactado. Cfr. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law and economics*. Harper Collins Publishers, 1988 pp. 248 y ss.

## THE NEW LIBERAL COSMOPOLITANISM

Peter Gowan\*

A strong current of thought has recently gained prominence in the Anglo-American world, running parallel to the discourse of Globalisation and indeed complementing it. The main intellectual sources of the trend lie in liberal international relations theory and liberal international economics.<sup>1</sup> But it has received a far higher profile in public discourse as a result of the enthusiasm with which liberal journalists and indeed some political leaders have embraced its ideas, particularly since the NATO war against Yugoslavia in 1999.<sup>2</sup> We shall call the trend the new liberal cosmopolitanism.

Many of its proponents see themselves not simply as liberals but as liberal democrats. Yet their Cosmopolitanism is normatively and programmatically purely liberal. We will, indeed, contrast their approach with another, far less influential, school of contemporary political Cosmopolitanism which centres its normative theory upon building some elements of democracy into its scheme for a new world order.

### Part 1: The Programme and Theory of Liberal Cosmopolitanism

#### Defining liberal cosmopolitanism

By political cosmopolitanism we mean the idea of overcoming the fragmentation of the world into an anarchy of states by constructing a global public order within which states are subsumed. The new liberal cosmopolitanism argues that this new global public order can and must be based upon liberal principles.

Liberal cosmopolitanism in its current form is a radicalisation of Anglo-American liberal internationalism. It shares a whole series of commitments with the latter:

\* North London University.

<sup>1</sup> For examples of this work, see: DOYLE, Michael W. "A Liberal View: Preserving and Expanding the Liberal Pacific Union" in PAUL, T.V. and HALL, John A. (eds.), *International Order and the Future of World Politics*. CUP, 1999 and DOYLE, Michael W. "Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs", *Philosophy and Public Affairs*. Summer 1983 and Fall 1983; BROWN, Seyom. *New Forces, Old Forces and the Future of World Politics*. Scott Foresman: Glenview, IL, 1988; ROSENAU, James N. "Citizenship in a Changing Global Order" in ROSENAU, J.N. and CZEMPIEL, E-O. (eds.) *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge Univ. Press, 1992; DIAMOND, Larry. "The Globalisation of Democracy" in KIELY, Ray and MARFLEET, Phil (eds.), *Globalisation and the Third World*. London: Routledge, 1998; TAYLOR, Paul. "The United Nations in the 1990s: Proactive Cosmopolitanism and the Issue of Sovereignty", *Political Studies*, XLVII, 1999, pp. 538-565.

<sup>2</sup> See, for example, BLAIR, Tony. "The Doctrine of the International Community" Hilton Hotel, Chicago, Illinois, 22/04/99 available on the Downing Street Website.

one humanity, liberal values and cognitive frameworks, individual liberal rights, liberal-democracy, the promotion of peace through international economic liberalism, the development of liberal universalist international law and institutions.

But liberal internationalism lives with the Westphalian order, granting states full sovereignty, albeit modified by the UN structure, while liberal cosmopolitanism wishes to overcome absolute states' rights through the development of a global order governing the *internal* as well as the external behaviour of states.

Thus, Liberal Cosmopolitanism differs from Liberal Internationalism in three key goals:

1. The subordination of the states to a global order of governance, protecting the liberal rights of individual citizens from state authorities, even through coercive action where necessary.
2. The transformation of state sovereignty from an absolute right into a licence extended to the state by the global community on the condition that the state behaves in an at least minimally liberal way towards its citizens.
3. The emergence of cosmopolitan citizens with cosmopolitan liberal rights, the emergence of a cosmopolitan civil society and institutional order of which state structures are simply subordinate parts and the ability of these global citizens to protect their rights through the cosmopolitan order, against, if necessary, recalcitrant states.

### **Common themes and differences between the globalisation discourse and the new cosmopolitan discourse**

This discourse of the new liberal cosmopolitanism (NLC) runs parallel to the discourse of globalisation, but in a different key, partly re-enforcing it, partly modifying it. Both discourses say that we are, or should be, moving from an *inter-national* world constituted by linkages between parts to a *Global-*system world in which the parts are subordinated to and subsumed within the whole. Both discourses counterpose themselves to the idea of strong, autonomous states. Globalisation says that states *must* accept that their capacity to control all flows except those of people is at an end. NLC says that the days of absolute states rights enshrined in the Westphalian international constitution *should be and can be* ended .

At the same time, while the key of the globalisation discourse may be described as fatalistic and passive, the new cosmopolitanism is activist: Globalisation says: "the world is changing like this: accept it or perish"; NLC adds: join us in the inspiring project to change the world like this, to make it a better place. But these different keys can be complementary rather than conflictual: Globalisation allots itself cognitive status, explaining what the world *is* like, whether we like it or not; NLC complements this perhaps disturbing cognition with an inspiring normative project to improve the world upon a globalised basis.

Globalisation stresses the liberal antinomy of markets and market actors against states; NLC complements this with another liberal antinomy: that of citizens and civil societies against states. And both lay great stress on the importance of opening state jurisdictions to the inflow of external influences: for Globalisation the inflow is that of goods (including information and cultural products), services, capital; for NLC it means the inflow of liberal norms, practices and of organisations invigilating the domestic implementation of such norms and practices. Both stress the value of markets: for Globalisation these are the key to wealth creation; for NLC they are not only about that but also about offering individuals a zone of freedom to choose the ends which they seek, for personal conceptions of the good life. And finally, both lay great stress on the centrality of law and of judicial systems: the need for strong, independent judiciaries within states, enforcing law in a predictable and impartial way and, for NLC this should be accompanied by the development of global law and norm enforcing institutions.

### **The programme of the new liberal cosmopolitanism**

The new liberal cosmopolitans do not advocate a world state or world government, empowered to decide the great international issues of the day as to who gets what, when and how. But they do promote the concept of a set of regimes of “global governance” which would lay down and enforce a series of rules and rights.

The jurisdiction of these cosmopolitan institutions of governance would cover the range of issues encompassed by liberal individual rights in the spheres of economic exchanges, civic life and politics. There can, of course, be disagreements among liberals as to the exact scope of this liberal jurisdiction. Some may wish to regulate rights at work, environmental, consumer health, education, income support and so on. Others may wish for a more restricted list of rights. But the broad principle of states entering into binding constitutional frameworks involving their acceptance of cosmopolitan governance in the sphere of individual rights is fundamental for the new Liberal Cosmopolitans.

This framework of cosmopolitan rights is buttressed and surrounded by a common commitment to liberal democratic procedures and values within participating states. These include multi-party systems and competitive elections, a free press, individual citizens rights, the rule of law and independence of the judiciary.

The institutions of global governance will also enforce free trade principles and a “level playing field” in the international and transnational economic sphere, but will also meet the functional need for regulating and managing the world economy, laying down rules and preventing “rent seeking” by powerful special interests, distorting the market. And this global economic constitution will extend its reach deep into the internal jurisdictions of states. But it will also bring greater regulation to bear over global market forces and transnational economic flows.

States will continue to exist, but their sovereignty will be both conditional and partial: conditional because it will be reconceived as a *licence to sovereignty* granted

by the International Community/organs of global governance. That licence will be conditional on the state's commitment to certain internal practices towards individuals and organisations operating within its territory. If the state in question fails to honour those commitments, its sovereignty licence may be withdrawn and the International Community/organs of Global governance may intervene in its domestic affairs.<sup>3</sup>

The State's sovereignty is partial because a condition for granting the licence will be the surrender of domestic jurisdiction over important areas of law. These areas will include both a wide swathe of economic law, thematised as laws anchoring free trade. And they will also include a more or less extensive area of law affecting citizens rights and the proper functioning of institutions of liberal democracy.

Some states may continue to exist outside the boundaries of the Cosmopolitan community but if they engage in egregious violations of individual rights in the eyes of the International Community/organs of global governance they may indeed be subjected to coercive sanctions.

States will enter the Cosmopolitan order voluntarily through a contractual agreement as a result of a voluntary rational cost-benefit calculation of net advantage on the part of the state concerned. The welfare gains, strengthening of state authority and enhancement of citizens rights through entering the community will outweigh the advantages of seeking to maintain absolute sovereignty outside.

The entire order will be legitimate since it will pass beyond the primitive Westphalian principle of absolute states' rights to the liberal principle of absolute citizens rights based upon the rule of law – the same rules for all.

As a school of thought, liberal cosmopolitanism is ambivalent about the UN and its Charter. While in principle its cosmopolitan aspirations are met by the structure and membership of the UN and while the UN general assembly's composition as equal representation of states is not inconsistent with liberal principles, the UN suffers from two weaknesses: its Charter largely endorses the Westphalian principle of states' rights rather than individual rights and its Security Council includes states as permanent members which do not accept the principles of liberal cosmopolitanism and have the authority to block its enforcement of liberal rights through the veto available to permanent members.

### **Liberal or democratic cosmopolitanism?**

In contrast to this purely liberal conception of world order a number of authors and groups have advanced schemes centred upon the idea of democratizing or at least adding a democratic component to the United Nations. Leading contemporary proponents of this democratic cosmopolitanism have included David Held and Daniele

<sup>3</sup>TAYLOR, Paul. "The United Nations in the 1990s: Proactive Cosmopolitanism and the Issue of Sovereignty", *Political Studies*, XLVII, 1999, pp. 538-565

Archibugi.<sup>4</sup> While these authors share strong liberal commitments and the goal of replacing absolute states' rights with the development of a global citizenship, they insist that such a global citizenship must be anchored in some form of democratic representation within the UN. They also tend to oppose any use of force by liberal states in defence of liberal values which is not legitimated through a democratized UN structure.

While this school of thought was stimulated by the approach of the Gorbachev leadership towards the UN in the late 1980s and by hopes of a new world order centred on a reformed UN at the end of the Cold War, its ideas have lost influence as major liberal states have tended to marginalise the UN in the later 1990s.

The work of two other influential authors to some extent cuts across the division made here between liberal and democratic cosmopolitanism. One is Norberto Bobbio and the other is Richard Falk. Bobbio combines an essentially liberal conception with a stress on the centrality of strengthening and transforming the United Nations. Falk's extensive writings before the 1990s placed him squarely in the democratic cosmopolitan camp, but his more recent work draws closer to the liberal school..<sup>5</sup>

### **The postulated vectors of the liberal cosmopolitan order**

Perhaps the greatest strength of the liberal cosmopolitan school lies in its ability to point to real trends and forces at work in the contemporary world that seem to be working powerfully towards the fulfilment of the cosmopolitan programme. The school can and does highlight the following four main kinds of vectors for its project:

1. The global movement towards liberal democracy and market economies.
2. The progress of economic globalisation, integrating the world economically and producing functional necessities for global economic regulation and management via international regimes and institutions.
3. The rise of the global citizen and global movements for human rights along with the rise of an international civil society and indeed, in the view of some, the beginnings of a global polyarchy: all these parallel trends involve both the withering of the westphalian state's political monopoly and the simultaneous transformation of the goals of such states from power politics to the enhancement of liberal democratic values and individual welfare.

<sup>4</sup>The major development of this concept is HELD, David. *Democracy and the Global Order*. Stanford California: Stanford University Press, 1995. See also ARCHIBUGI, Daniele and HELD, David (eds.). *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*. London: Polity Press, 1995.

<sup>5</sup>See BOBBIO, Norberto. *Il terzo assente*. Turin: Edizioni Sonda, 1989 and *Una Guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*. Venice: Marsilio, 1991 and FALK, Richard. *A Study of Future Worlds*. New York: Free Press, 1975 and *Positive Prescriptions for the Near Future*. Princeton Center for International Studies, Paper No.20, 1991.

4. The growing concerted political drive by the core liberal states, their citizens and economic operators to offer incentives (negative and positive) to states outside the core to join it and making it cosmopolitan in scope.

We examine each of these vectors in turn.

a) The global movement towards liberal democracy and market economies.

The liberal cosmopolitans demonstrate the dynamic spread of liberal democratic market economies across the globe since the start of the 1980s, argue that this is a deeply anchored change, unlikely to be reversed and claim that it has dramatic transformative consequences for international politics.

The spread of liberal democratic procedures and institutions has been a marked feature of international developments over the last 20 years. Larry Diamond, for example, points out that by the end of 1991 one could count 89 of the 171 states as being democratic with another 32 states being in some form of “democratic transition”. By this count we could claim that 70% of the world’s states had democracy or were moving towards it.<sup>6</sup> Samuel Huntington has called the wave of democratisations of the last twenty years as “the third wave”, the first being in the 19th century in the Atlantic world, and the second running from 1945 to the early 1960s.<sup>7</sup>

Parallel with this change in the internal institutional political characteristics of states there has been the spread of an open market variety of capitalism, not only in the former Soviet Bloc and in Latin America but also, increasingly in Asia. This change in economic institutions is usually seen as anchoring the turn to liberal democracy.

And they argue that this trend is likely to become entrenched because, with the collapse of Communism, there is no significant blue-print available of an alternative way of organising social life that is superior to the liberal democratic model. Francis Fukuyama has, of course, famously argued this case for the arrival of liberal democratic structures as an end point in history. He argues that liberal democratic values and structures represent the civilisational high point for humanity, without, any longer, foreseeable historic competitors.<sup>8</sup>

The work of Michael Doyle has then vigorously championed the view that the rise to dominance of the liberal democratic state form across the globe transforms the entire dynamics of international politics, laying the basis for a permanent peace. Doyle begins by seeking to demonstrate that liberal democratic states do not fight each other. He goes on to argue both that this empirical fact is explained by their shared liberal democratic values and that these shared values have already bound the estab-

<sup>6</sup> See, for example, DIAMOND, Larry. “The Globalisation of Democracy” in KIELY, Ray and MARFLEET, Phil (eds.). *Globalisation and the Third World*. Routledge, 1998.

<sup>7</sup> HUNTINGTON, Samuel. *The Third Wave: Democratisation in the Late 20th Century*. University of Oklahoma Press, 1991.

<sup>8</sup> FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: Free Press, 1992.

lished liberal democracies together into what he calls a Kantian Pacific Union. From this proposition it is but a short step to the claim that the spread and consolidation of liberal democratic states across the globe will usher in a regime of perpetual, cosmopolitan peace. Centuries of power politics are drawing to an end.

2. The progress of economic globalisation, integrating the world economically and producing functional necessities for global economic regulation and management via international regimes and institutions.

In the field of international economics, Liberal Cosmopolitanism stands on the shoulders of the vast literature on economic globalisation which argues that capitalism has gone global, escaping the control of individual states. They then argue that the task of re-regulating capitalism and of managing its cycles must be taken up by institutions at a global level, if we are to avoid economic chaos as well as other pathological phenomena such as international organised crime, environmental degradation and so on.

Liberal Cosmopolitans may differ widely on the exact institutional forms that such global regulation of flows and actors should or can take: some may favour more neo-liberal approaches, others more interventionist ones. There can also be very sharp debates about the roles that particular existing international institutions, such as the IMF, the WTO or the World Bank actually play. But all such differences can be incorporated within the broad liberal cosmopolitan framework. The decisive issue for that framework is the evidence that there is a discernible trend towards the building of liberal cosmopolitan institutions of global economic governance.

And there is a plethora of evidence of just that: not only the vast array of functional institutions which have grown up since 1945, but new bodies with wide jurisdictions such as the World Trade Organisation. They can also point to the intense debates following the East Asian financial crisis on reforming and strengthening global governance institutions such as the IMF and so on.

Many liberal cosmopolitans would add that such global governance institutions will tend to produce functionalist spill-overs, gradually extending the scope of their jurisdictions, as solutions to one set of particular problems throw up demands for new solutions to others.<sup>9</sup> Others may lay stress on the readiness of states to co-operate with each other in order jointly to achieve economic goals that they can no longer achieve autonomously or informally.<sup>10</sup>

<sup>9</sup>The classic statement of such functionalist theories is MITRANY, David. *A Working Peace System*. Cambridge: Cambridge University Press, 1946. But this school of thought has developed in sophistication through the work of neo-functionalists theorising the dynamics of regional integration and governance in Europe. Classic works in this area are HAAS, Ernst B. *The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957*. California: Stanford, 1958 and LINBERG, Leon N. *The Political Dynamics of European Economic Integration*. California: Stanford, 1963.

<sup>10</sup>This approach has been developed above all by the so-called Liberal Institutionalist school around Robert Keohane. See KEOHANE, Robert O. "The Demand for International Regimes"; in KRASNER, Stephen D. (ed.), *International Regimes*. New York: Ithaca, 1983.

3. The rise of the global citizen and global movements for human rights along with the rise of an international civil society and indeed, in the view of some, the beginnings of a global polyarchy: all these parallel trends involve both the withering of the westphalian state's political monopoly and the simultaneous transformation of the goals of such states from power politics to the enhancement of liberal democratic values and individual welfare.

There is a rapidly expanding literature which now argues that states are being joined by a host of other, non-state actors in the international arena, thus undermining a cornerstone of contemporary realist theories of international relations. These increasingly important non-state actors operating transnationally are held to include business organisations, NGOs and various kinds of citizens coalitions. Some therefore claim that at least in the liberal democratic heartland, international politics is being restructured by the emergence of a transnational civil society or is even coming to resemble what American political scientists like Dahl and Lindblom in the 1950s called polyarchy, but one operating transnationally. One of the earliest and most persuasive proponents of this theme is James Rosenau.<sup>11</sup> He gives 5 indicators of the new rise of transnational citizen power:

1. The erosion and dispersion of state and governmental power and the decline of parties and trade unions resulting in "corresponding accretions to the potential roles that individuals can play through collective action".
2. Global TV, foreign travel and mass educational improvement have "enhanced the analytical skills of individuals".
3. New interdependence issues on the global agenda make individuals aware that global dynamics affect their "welfare and pocketbooks".
4. The communications revolution can rapidly build transnational coalitions in response to crises, coalitions which political leaders cannot ignore.
5. Citizens movements can arise without structured leadership and organisation, making political leaders followers.

Rosenau and others conclude that we are witnessing the birth of a qualitatively new structure of international relations: one that includes an emergent "global civil society". Rosenau calls these forces "sovereignty-free" collectivities.

<sup>11</sup> ROSENAU, James N. "Citizenship in a Changing Global Order" in ROSENAU, J.N. and CZEMPIEL, E-O. (eds.). *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge Univ. Press, 1992.

Seyom Brown argues that this trend can be interpreted as the rise of a global polyarchy: "The forces now ascendant appear to be learning toward a global society without a dominant structure of co-operation and conflict – a *polyarchy* in which nation-states, subnational groups and transnational special interests and communities are all vying for the support and loyalties of individuals and conflicts need to be resolved primarily on the basis of ad hoc bargaining among combinations of these groups that vary from issue to issue. In the polyarchic system, world politics is no longer essentially "international" politics, where who gets what, when and how is determined on the basis of bargaining and fighting among nation states; rather, the international system is now seen as one of the subsystems of a larger and more complex field of relationships."<sup>12</sup>

4. The pressures upon states outside the liberal core to conform to its values and institutional arrangements and thus to make the liberal order truly cosmopolitan in scope.

Supporters of liberal Cosmopolitanism can point to evidence that the core liberal states are actually forming a cohesive political force, actively and consciously promoting a liberal cosmopolitan agenda. Michael Doyle invokes Kant's idea of a Pacific Union to describe this activist liberal core.

It should be stressed that while writers like Doyle insist that traditional power politics does not occur *between* liberal democratic states, they freely acknowledge that these same states can and do act coercively against states which flagrantly flout liberal values either in their external or internal behaviour. This, indeed, can be shown to be the tendency of what Doyle calls the Pacific Union. It can be shown in the pressure from leading Pacific Union states to change the approaches of both the United Nations and regional organisations like the EU and NATO towards the concept of sovereignty, making it conditional upon respect for at least minimal liberal norms.<sup>13</sup> A readiness on the part of Pacific Union states to act beyond the legal framework of the UN Charter can be seen in military interventions like the 1999 NATO attack on Yugoslavia and the Anglo-American bombing campaigns against Iraq. Such actions are interpreted by some liberal international lawyers as establishing a new international customary law endorsing military intervention for humanitarian or liberal human rights goals outside the framework of traditional interpretations of the UN Charter and without a Security Council mandate.

But the trend to weaken absolute states rights can also be seen in the work of the UN itself and its associated bodies, promoting general standards of human rights, enhancing institutions of civil society and democracy within states and of taking upon itself

<sup>12</sup> BROWN, Seyom. *New Forces, Old Forces and the Future of World Politics*. Scott Foresman: Glenview, IL, 1988.

<sup>13</sup> See TAYLOR, Paul. "The United Nations in the 1990s: Proactive Cosmopolitanism and the Issue of Sovereignty" in *Political Studies*, XLVII, 1999, pp. 538-565. The Franco-Italian legal scholar Mario Bettati and the French humanitarian activist and politician, Bernard Kouchner, amongst others, have formulated a new doctrine for the right of military intervention, challenging the current restrictions in the UN Charter. See RIEFF, David. "A New Age of Liberal Imperialism?". *World Policy Journal*. Volume XVI, No2, Summer 1999.

humanitarian interventions to protect the rights and welfare of individuals, through UNICEF, the UNHCR, etc. The subordination of state sovereignty to international legal rules of citizens rights has developed strongly in Europe through the work of such institutions as the OSCE monitoring bodies, the Council of Europe and the EU. The stress on the European Convention on Human Rights, the democratic requirement for countries wishing to establish or maintain Association treaties with the EU, the emphasis in the EU's external policies on civil society construction and democratic institution building.

The UN has also not only dramatically increased the numbers of its political-military interventions during the 1990s.<sup>14</sup> Its interventions have also tended to change character. They have increasingly involved the use of troops from the major powers: for example, from the US in Haiti, Somalia and Post-Dayton Bosnia. They have also often moved beyond peace monitoring to include peace enforcement and even changes of government, the complete redesign of domestic economies, domestic civil and political institutions and even attempts to re-engineer domestic value systems. And international criminal tribunals have been established to try and punish individuals within UN designated states where the norms of international humanitarian law have been violated.

Liberal cosmopolitans do not necessarily endorse all these actions and would tend to support military intervention only against the most egregious cases of crimes against humanity such as genocide. But they would argue that these various trends should be understood above all as clear evidence that we are witnessing the emergence of a genuine set of cosmopolitan rights of citizenship, overriding state sovereignty.

## **Part 2: Critique of Liberal Cosmopolitanism**

### **Analytical critique of the dynamics of change**

The New Liberal Cosmopolitanism is, of course, vulnerable to the range of normative critiques of Anglo-American liberalism, whether Lockean or utilitarian, both from within liberalism itself (for example from within Rawlsianism of the Theory of Justice or from Habermasian premises) or from communitarian schools of political philosophy. Various critics, above all Danilo Zolo, have also subjected the whole trend of political cosmopolitanism, whether in its liberal or democratic variants, to a powerful normative critique.<sup>15</sup> I wish rather to examine it at a more cognitive and analytical level, leaving normative issues in the background until the end of this paper.

<sup>14</sup> Between 1989 and 1998 UN peacekeeping military forces have been deployed on about 20 occasions B about the same number as occurred during the whole period from 1956 when the UN first became involved in peacekeeping to 1989

<sup>15</sup> See ZOLO, Danilo. *Cosmopolis. Prospects for World Government*. London: Polity Press, 1997. Such critics of cosmopolitanism do, of course, include some liberal internationalists.

## **The analysis of the two poles of NLC and the Agencies of Change**

We can conceptualise the NLC analysis as focusing on inter-acting changes at two levels or poles: one is the internal jurisdiction of States. We can call this *the state level*; the other level or pole is that of the institutions of global governance. We can call this the *Global Governance level*. The NLC theorists then identify a set of processes and actors which they see as the vectors of change at both levels. We can call these *the agencies of change*.

Our contention is that, on the whole, the proponents of NLC cast a great deal of light upon some (though not all) of the main forms (if not the dynamics) of change at *the state level*. But they fail to grasp the nature of the changes at the *global governance level* and the character and goals of *the agencies of change*. They thus miss the central dynamics of the overall process of change in international and transnational relations.

## **The Analytical Insights of the NLC: Change at the State Level**

The Strength of the New Liberal Cosmopolitan analysis lies in its identification of a number of new pressures to open and transform the internal organisation of states. While during most of the Cold War, the liberal coalition of Western states often supported or even instigated various forms of authoritarian rule, since about the mid-1980s there has been a real turn on the part Doyle's Pacific Union towards promoting liberal democratic forms of state in many parts of the world, if not all.<sup>16</sup>

Linked to this is a particular strong stress upon the importance of independent judiciaries, of due process of law and of legal systems embodying liberal rights and freedoms. In these fields as in the field of liberal democratic political systems, the degrees of pressure upon states to conform to liberal standards can vary enormously across states. But that there has been an increase of such pressures in general can surely not be doubted.

NLC theorists are surely also right about the success of pressure for sweeping change in domestic economic law and institutions to harmonise these with the regimes laid down by the WTO, the International Financial Institutions and free trade or association agreements with regional bodies such as the EU. These involve internal, "behind the border" transformations in domestic political economies in line with international rules. States outside the rich core have been remarkably ready to make such changes to enter the WTO, the OECD and other such regimes.

NLC theorists analysis of the agencies of change has also surely been right to stress one cardinal fact of the 1990s: the remarkable continuation of the united alliance of Doyle's Pacific Union, a unity demonstrated in the Gulf War, the NATO attack on

<sup>16</sup> An obvious exception would be the Gulf States and Saudi Arabia, but there are others.

Yugoslavia in 1999, the Uruguay Round package and many other major issues. Most realist theorists of international relations has confidently predicted the loosening and fragmentation of this unity as powerful states “rebalanced” the system following the Soviet collapse.

### **Blind spots and misconceptions in the NLC analysis: part 1 -unipolarity**

NLC theorists are much less convincing when they try to account for the behaviour of the agencies of change, to explain the character of the global governance regimes and the pattern of relationships between these regimes and the state level. These blind spots and misconceptions result in their insights on state level change remaining one-sided and misleading.

#### **1. The main agency of Change: The Pacific Union and Power Politics**

The crucial NLC claim about the Pacific Union is not just that it has remained united, but that its members have broken with power politics as their governing impulse. This latter claim needs to confront a central fact about contemporary inter-state relations: one single member of the Pacific Union B the United States -- has acquired absolute military dominance over every other state or combination of states on the entire planet. This is unique in world history and it creates a paradox which NLC theorists ignore: power politics calculations by other members of the Pacific Union would tell them that an attempt at a power politics challenge to US global dominance would be sheer folly.

The US government shows no sign whatever of desiring to abandon its global dominance in the traditional military sphere of power politics. Its military budget, today as high as it was at the height of the Cold War in the early 1980s, is increasing. A consensus in developing in the US to enhance its strategic dominance through gaining an anti-ballistic missile shield. Furthermore, its political leadership under Bush as well as Clinton has been most insistent that its subordinate allies to not abandon the subordination of their own security and power projection efforts to their security alliances with the United States.

The Pacific Union is indeed organised precisely as a set of bilateral military alliance under US leadership and the US has worked vigorously to maintain these alliances by restructuring them during the 1990s. Liberal theorists have usually explained the rise of these alliances as responses to powerful Communist and Soviet threats to Liberal values and regimes. They now claim that liberal values and regimes are now globally hegemonic. Yet the hegemonic alliances are being revived.

NLC theorists need to demonstrate that the US government has, nevertheless, abandoned national interest power politics as its governing strategic criterion. They usually do so by reference to the new centrality of liberal and liberal democratic values and declaratory goals in the speeches of US leaders. But the first problem here is that such a declaratory policy is not, in fact new. It was common enough in the power

politics discourse of a number of 19<sup>th</sup> century European liberal states, from the days of Lord Palmerston. That discourse too was not only rhetorical: it involved toppling dictators and militarily intervening on behalf of oppressed groups or individuals.

But secondly, if we turn to the policy guidelines of US governments for their international strategy in the 1990s we find these entirely governed by traditional national interest, power politics definitions of strategic priorities.<sup>17</sup> Such documents do refer, of course, to certain global regimes which the US seeks to promote, such as free trade and liberal democracy, but these are situated within a framework of national power priorities, as elements in the advancing of US power and prosperity.

NLC theorists may nevertheless claim that these power-political instruments and orientations on the part of the US are not directed at subordinating other members of the Pacific Union. But this too can be doubted. We must bear in mind that hegemonic military alliances have two faces and two effects: one external and one internal. The external is directed towards potential enemies of the group; but the internal involves the brigading of the subordinate allies under the leadership and external policy orientation of the hegemon. The first Secretary General of NATO, Lord Ismay, alluded to these two faces of NATO in the 1950s when he said NATO's purpose was not only to keep the Russians out, but also to keep the Germans "down".

In the drafting of American Grand Strategy for the post-Cold War world order, Lord Ismay's insight on the role of NATO to keep Germany "down" was famously generalised to cover all America's industrial allies and this goal was, indeed, placed at the very centre of US strategic priorities in the version of the text leaked to the New York Times early in 1992.<sup>18</sup> This advocated as a central goal "discouraging the advanced industrialized nations from...even aspiring to a larger global or regional role." Kenneth Waltz rightly points out that despite protests at the time that the document was only a draft, "its tenets continue to guide American policy."<sup>19</sup> The chair of the inter-agency committee which produced the 1992 Grand Strategy, Paul Wolfowitz agrees with Waltz both that the 1992 strategy guidelines have guided US policy and that they have been centred on creating a Pax Americana in the style of Lord Ismay's conception, maintaining the subordination of the allies. He adds that "just seven years later" many of those who criticised the document at the time "seem quite comfortable with the idea of a Pax Americana. Today the criticism of Pax Americana comes mainly from the isolationist right, from Patrick Buchanan."<sup>20</sup>

When we understand this "inward-looking" dimension of the military alliances that constitute the Pacific Union we can provide an answer to one of the puzzles which has given great strength to the advocates of the new liberal cosmopolitanism: the seem-

<sup>17</sup> See, for example, The White House. *A National Security Strategy for a New Century*. Washington D.C., October, 1998.

<sup>18</sup> This was the 1992 Draft of the Pentagon Defense Planning Guidance.

<sup>19</sup> WALTZ, Kenneth N. "Globalization and American Power", *The National Interest*. Number 59, Spring 2000.

<sup>20</sup> WOLFOWITZ, Paul. "Remembering the Future". *The National Interest*. Number 59, Spring 2000

ing absence of any power politics goals in the US-led NATO war against Yugoslavia. This perceived absence derives from observers' lack of appreciation of the inward-looking goals of such actions: consolidating the alliance internally as a brigading mechanism for the allies.<sup>21</sup>

Zbigniew Brzezinski has recently summed up the character of Doyle's Pacific Union rightly stressing the centrality of US dominance over its European and East Asian allies. In contrast to British imperialism in the 19<sup>th</sup> century, he underlines the fact that "the scope and pervasiveness of American global power today are unique. Its military legions are firmly perched on the western and eastern extremities of Eurasia, and they also control the Persian Gulf. American vassals and tributaries, some yearning to be embraced by even more formal ties to Washington, dot the entire Eurasian continent, as the map on page 22 shows."<sup>22</sup> What the map in question shows is areas of US geopolitical preponderance and other areas of US political influence. The whole of Western Europe, Japan, South Korea and Australia and New Zealand, as well as some parts of the Middle East and Canada fall into the category of US geopolitical preponderance, not just influence. This is surely both right and extremely important. The main zones with the resource capacities to challenge US hegemony and precisely the zones where the US has most firmly established its political predominance: a radically different pattern from the British one.

## 2. A Global Programme or Geopolitical Selection?

Zbigniew Brzezinski's map emphasises not only the zones to which US attention and political resources are drawn but also the very large parts of the planet which are of little strategic interest to the United States. There can, of course, be objections to Brzezinski's selection, one marked by his own pre-occupations with geopolitics. Others might wish to emphasise "geo-economics" in the sense of a US concentration on the most important centres of capital accumulation or economic resource reserves (eg oil). Yet such a stress would also reveal a highly selective focus (and one that scarcely differed from Brzezinski's).

The result is that although the declarations of the US and other Pacific Union governments emphasise the need for the global spread of liberal rights and regimes, the activities of the Pacific Union are systematically focused upon only selected areas. This creates frustrations on the part of many liberal and humanitarian NGOs but it seems to be a systematic feature of contemporary dynamics, involving complete passivity in such "strategic backwaters" as much of sub-Saharan Africa today, not least Rwanda.

<sup>21</sup> This dimension of the NATO 1999 action is further analysed in GOWAN, Peter. *The Twisted Road to Kosovo*. Oxford: Labour Focus on Eastern Europe, Special Issue, May, 1999.

<sup>22</sup> See BRZEZINSKI, Zbigniew. *The Grand Chessboard. American Primacy and its Geostrategic Imperatives*. Basic Books, 1997, p. 23.

No less striking is the fact that in relation to some states which are evidently pivotal to US strategic interests, there can be a marked lack of concern to exert pressure for strong human rights protection, on the part of the US. Examples that are often cited are Saudi Arabia and the Gulf States, Turkey, Israeli activity in the occupied territories, Indonesia under Suharto, etc.

### 3. Supra-state Global Governance or Unipolarity?

And form of liberal cosmopolitan project for a new global order must require the subordination of all states to some form of supra-state planetary authority. The NLC blind-spot about the role of the United States in the Pacific Union is compounded by its misconception of relationship between the United States and the various global governance regimes that are in place or being canvassed.

There is no evidence that these institutions of global governance have strengthened their jurisdiction over the dominant power in the international system, the United States. If anything, the evidence of the 1990s suggests a trend towards these organisations being able to function effectively only insofar as they correspond to the perceived policy priorities of the United States or at least do not contradict or undermine American policy strategies. Indeed, in many cases these regimes and multilateral organisations should rather be viewed as instruments of US policy.

In the case of the UN, NLC advocates can and do suggest that its weakening during the 1990s is transitional, while the UN and its recalcitrant members gradually adapt to the new liberal cosmopolitan norms. But they must at least acknowledge very powerful political resistance within the US to any moves that may result in UN authority in any way infringing the sovereignty and freedom of international action of the United States.

And this insistence on preserving absolute state rights for the United States cannot be put down to long-standing residues of prejudice against the UN. It has been evident in the stout US resistance to the project, supported by all other members of the Pacific Union, of establishing an international court of Human Rights with full independence and binding jurisdiction over the internal practices of states. This project would surely have been eagerly embraced by a state which had become predominantly a vehicle for a liberal international citizens' movement for liberal human rights.

This pattern has been repeated in relation to the major institutional development in the field of Global Governance in the 1990s: the emergence of the WTO. The US Congress's ratification of the WTO Treaty explicitly makes US acceptance of its jurisdiction conditional upon the WTO's being "fair" to US interests. And all who follow international trade policy know that the word "fair" in this context means serving and defending US economic interests. And for successive US administrations since the late

<sup>23</sup> NIVOLA, Pietro. *Regulating Unfair Trade*. Washington DC: Brookings Institution, 1993, p. 21.

<sup>24</sup> I have explored these issues in more depth in GOWAN, Peter. *The Global Gamble* London: Verso, 1999.

1980s this conditional general stance towards the GATT/WTO has been combined in US trade policy, with explicit determination to flout GATT/WTO rules where these are deemed “unfair” to US interests, an approach which Jagdish Bagwati has aptly called “aggressive unilateralism”. Bagwati highlights the creation and use of the so-called Super 301 and Special 301 laws, but to these could be added other instruments of US unilateralism on international economic law, such as its use of anti-dumping instruments and countervailing duties. All these instruments have been placed in the service of US claims to have unilateral national authority to judge which kinds of behaviour by other states in economic policy are “unfair” to the US, *regardless of what rules are laid down within the GATT/WTO framework*. And the use of these instruments has been far from marginal in US international economic policy. As Miles Kahler points out, side “the number of actions brought against ‘unfair’ trading practices B anti-dumping, countervailing duties (subsidies) and section 301 – increased dramatically” during the 1990s. In the words of Pietro Nivola “no other economic regulatory programme took on such an increase in case-loads”.

And this refusal to be bound by cosmopolitan economic law and been combined with vigorous attempts in some fields to extend the jurisdictional reach of US domestic economic laws internationally, applying it to non-American corporations operating outside the United States. Of actions in this field, Kahler reports that “Here the list was long.”

In other important areas of global governance of the world economy, such as finance and international monetary relations, few would dispute the great preponderance of the US government over institutional policy-making in such bodies as the IMF and the World Bank. The readiness of the US Treasury to openly assert its unilateralism and its use of the IMF as its instrument has been a striking feature of the 1990s, as the 1995 Mexican Crisis and the East Asian financial crisis of 1997-98 graphically demonstrated.

In short, we have an asymmetrical pattern of change in the field of state sovereignty: a strong and real tendency towards the erosion of state sovereignty on the part of the bulk of states in the international system, but a strong and effective resistance to such an erosion on the part of one state in the international system, and indeed a trend for the institutions of Global governance to remain dependent upon the will of that single super-power state.

#### 4. Reformulating the Cosmopolitan Agency as US Allies against the Pax Americana?

The critique which we have made of NLC so far suggests that we must make a sharp distinction between the states in the Pacific Union: the United States has not exhibited any discernible tendency either to abandon power politics or to subordinate itself to supra-state global authorities. Enthusiasm for norm-based cosmopolitanism as an institutionalised order has, on the other hand been notably stronger amongst some of the other states within the Pacific Union, notably West European states and Canada as well as others.

There is no doubt that the European Union is oriented to collective rule and norm-enforcement in a structural way, as is the Council of Europe, since both organisations can operate only through agreement among members on rules. Within the EC pillar of the European Union, a fully-fledged legal and judicial machinery is in place in the field of economic law, which the jurisdiction of the EU itself is laid down in Treaty form and thus in international public legal rules. In its orientation towards East Central and Eastern Europe, the EU operate above all through requiring associated states and those with Partnership and Co-operation Agreements to harmonise their domestic institutions with those of the EU, indeed, imposing some requirements on associated countries that don't apply to the member states themselves.

During the 1990s, against the background of the EU's failure to engage in collective power political manoeuvre through its so-called Common Foreign and Security Policy, it has sought to lay special emphasis on extending and applying its various normative and legal regimes to external partner states. And it has been noticeable that as the commitment of some important member states to Social Liberalism as a distinctive feature of Western Europe has decline, the EU has increasingly defined itself internationally through its commitment to liberal individual rights, indeed, on occasions, seeking to upstage the US in this area. Normative commitments of this sort can also be identified on the part of other US allies.

At the same time, in a very wide range of policy areas, all the allies of the US have a strong interest in attempting to ameliorate or preferably suppress US unilateralism, seeking to bind it into more collegial institutional structures at the level of the international relations of the core states. Thus a pattern typically emerges amongst the US allies of what can be called subversive bandwaggoning: allowing themselves to be pulled along by the US in various international political polarisations, but at the same time attempting to tie the US into collegial arrangements, limiting its scope for unilateralism in the future.

NLC supporters who would wish to focus on these allies and on the EU in particular might therefore hope that a liberal cosmopolitan order may emerge when and if the political capacity of the US weakens, perhaps through an international political blunder, through domestic difficulties or a serious economic reversal, the allies could persuade it to submit to cosmopolitan norms, as a sub-optimal solution but the best on offer in the circumstances. No-one could doubt the very strong, bipartisan commitment of US political elites to maintaining a unilpolar world, but a number of scenarios could be imagined where that kind of retreat might be adopted through force of circumstances.

Yet there are reasons to be cautious about the will of these US allies to press collectively for such cosmopolitan solutions. Close attention to their behaviour indicates that they too have far from abandoned national interest power politics approaches to international politics and economics. The member states of the European Union do not by any means process all their external policy through the EU and rivalries and tensions between them persist. And even as an EU collective they have demonstrated, notably in the various Yugoslav wars that their orientations have been far from being subordinated to established liberal norms.

Nevertheless, let us suppose that the Pacific Union allies of the United States could somehow inveigle it into a collegial form of global Pacific Union governance. Is there any evidence that such an eventuality would inaugurate a liberal cosmopolitan order subordinating the rights of States to universalist liberal norms and institutions of global governance applied equally to all?

### **Blind Spots and Misconceptions in the NLC Analysis: Part 2: An Empire of Civil Society**

To answer this question we need to look more closely at the social and economic transformations that are being jointly promoted by the Pacific Union States and at the impact of these changes upon the international system of states. The supporters of NLC have presented these transformations as follows: first a move towards a global free market in which economic globalisation is being subjected to global regulation in the welfare interests of all and in the spirit of liberal economic internationalism; secondly, in that context, the spread and consolidation of liberal democratic polities across the globe, unifying the populations of states democratic harmony and supported my global institutions invigilating liberal rights.

We will here examine the NLC conception of a cosmopolitan liberal order taming the forces of economic globalisation with a liberal regulation of international economics, before turning later to the issue of the spread of liberal democratic states.

#### **1. The Global Economic Regime: Liberal “Free Trade”?**

The common notion that the companies of Pacific Union states have inaugurated economic globalisation by escaping the control of their own states ignores the fact that the patterns of international economic exchanges have, in fact, continued to be shaped in large measure by the international economic diplomacy *of states*, establishing new legal and institutional frameworks of markets.

NLC supporters tend to assume that the regulatory and market-shaping impulses of the states of the world, including the rich states of the Pacific Union, have been and are geared towards liberal free trade regimes. They thus assume that while powerful economic operators seek to escape regulation and impose monopolies, liberal states champion liberal international economic principles which generate optimal welfare gains for humanity as a whole. Yet the evidence of the 1980s and 1990s suggests that this is a misleading vision of reality.

The justification for free trade is that each economy can exploit its “natural” or “comparative” advantage to the full in world markets by being able to export its most competitive goods everywhere, concentrating its production factors in its niche field while importing products in other areas from economies all over the world which have comparative advantages in those areas. This idea generates the central GATT principle for ensuring free trade: the unconditional Most Favoured Nation principle under which

each state grants all others in the system the most favourable terms of entry for goods into their market which they grant to any single state's producers.

Historical experience actually suggests that less developed countries perform much better if they protect their domestic industries for a protracted phase of their development, while the so-called New Trade Theory of the 1990s developed in the Atlantic world in the 1990s suggests that natural or comparative advantage is at best outdated and competitive advantage is *created* by concerted policy. But in any case, the drift of the international economic policy of core countries in the 1990s has been marked both by resistance to free trade principles in sectors of critical importance to economies outside the core and by moves towards managed trade and away from the GATT multilateral principle towards "reciprocity" in a number of areas. Managed trade organises trade by results: for example, various central aspects of US-Japanese trade where the total range of imports or exports to be achieved in various sectors are specified in advance; of the EU use of Voluntary Export Restraints, pricing agreements and other non-tariff barriers to manage the levels of imports from, say, Central and Eastern Europe.

Free trade principles precisely do not operate in such crucial sectors for developing countries as agricultural products, steel, textiles and apparel, etc. Anti-dumping instruments and general "safeguard" instruments such as those of the EU and the US are also powerful weapons against free trade. Instruments of managed trade are also evident in the so-called Free Trade Agreements pioneered by the European Union. Crucial features of such agreements are the so-called "rules of origin" clauses which are designed to exclude from free entry into a given market goods produced with varying amounts of inputs from third countries.

The effects of these protectionist and mercantilist methods, notably by the EU, is to generate chronic trade and current account deficits on the part of less developed countries, a near universal problem facing the Central and East European countries. These trade deficits on the part of non-core states exacerbates their already huge and chronic debt problems, thus making their governments increasingly desperate to gain inflows of supposedly compensating capital from the core states. At the same time, this pattern makes very large numbers of political economies extremely vulnerable and unstable, making them unable to generate sustained increases in welfare for their populations.

Furthermore, the bulk of the international regime changes of the 1990s do not concern international trade at all. Although they are described in the Western media as "trade regimes" and "trade negotiations", they are overwhelmingly about property rights within states. And the image of the officials of core states imposing strict liberal controls over their economic operators in these areas is largely the reverse of the truth.

## 2. Domestic Property Rights for Core capitals

The dynamic changes in economic law regimes in the 1990s have been mainly about changing regulatory regimes *within* states – so called "behind the border" issues – not international trade issues at all. These "behind the border" issues mainly focus on

the property rights of foreign capitals in other states. The Pacific Union states have exerted pressure to alter the “behind the border” laws and institutions of other states.

They focus on rights of foreign operators to gain ownership of domestic assets, to establish businesses within states which can have the same rights to operate as domestic private or public companies, to move money in and out of the country freely, and to enforce monopoly rents on intellectual property rights. The public policy issues raised in these areas are those concerning such matters as the costs and benefits of the following: of allowing global oligopolies to gain ownership of domestic productive assets and to integrate them into their global profit streams and strategies; of ending controls on the free movement of private finance; of privatising (mainly into foreign ownership) domestic social service provision, domestic utilities etc.; and last, but by no means least, the costs and benefits of making domestic financial systems (and via them whole national economies) extremely sensitive to, and increasingly vulnerable to, the often sudden and massive gyrations in global monetary relations (dollar-Euro-Yen exchange rates) and in international financial markets.

These changes cannot in any way be thematised as bringing the welfare benefits for the world’s population which liberal international economics claims are derived from free trade principles. They are about enabling property holders in rich core states acquire ownership of productive assets and control of markets inside non-core states, while making these states near defenceless in the face of decisions by financial markets and operators in the core.

Thus the trends both in international trade and in the internal transformations of non-core political economies are very far from guaranteeing virtuous circles of cosmopolitan economic and social gains for the world’s populations. There is overwhelming evidence of a huge and growing polarisation of wealth between the bulk of the world’s population and extremely wealthy social groups within the core countries. Very small social groups within the non-core economies also benefit from these transformations.

And there is not the slightest indication that if the allies of the US within the Pacific Union subordinated the USA to a more collegial management of the world this pattern of economic relations would alter in any way. Indeed, there is ample evidence that one of the main bases for perceptions of common interests between the US and its allies rests precisely in their joint interest in perpetuating this drive for control of new profit streams from non-core economies thanks to transforming their domestic legal and institutional frameworks.

### 3. The Incentive Systems for States to enter the Global Regime

Although the expansion of the institutional regimes of the Pacific Union across the globe are thematised by NLC theorists as being driven by the power of liberal and free trade ideas, a more balanced account would stress the economic incentives resulting from these political economy regimes established by the joint activity of the state officials and economic operators of the Pacific Union states. These incentives have been overwhelming negative ones for non-core states: their increasing international

indebtedness combined with very widespread financial crises, often dramatic in scope and their chronic domestic fiscal strains. All these problems, generated largely by monetary, financial and trade environments established by the core states, have, over the last 20 years, driven ever larger number of these states to seek salvation through gaining export access to the US and EU markets. But to gain such access they have had to transform their internal economic regimes to provide maximum secure access to Pacific Union capitals. The EU states have been at least as much involved in this drive to restructure the political economies of the non-core states as the US.

The international economic regimes like the WTO presented to non-core states in the 1990s have confronted them as offers they could scarcely refuse: if they stood outside, the Pacific Union states gave themselves the right to a free hand in their trade and financial policies towards these states. By joining these partial and skewed regimes, the non-core states gained some security of access to some Pacific Union markets and the possibility of influencing the future development of these regimes.

Of course, from the angle of social interests, the states outside the Pacific Union have not been homogeneous entities. Some social groups within them have gained substantially from the new international regimes. But these winners have been rather small minorities of business and professional groups that could benefit from links with foreign capital, from participation in privatisation drives and from being able to use the new international financial regime to move their property out of the country to more secure locations in the big financial centres of the Pacific Union.

#### 4. A Cosmopolitan Empire of Civil Society Organised by Economic Statecraft

If our account of the transformations of the international political economy currently underway is accepted then NLC accounts of global transformations are superficial, confusing juridical forms with social substance. They perceive the world as a fragmented system of state sovereignties on one side, and a proliferating number of regional, international and global regimes and institutions on the other. In the midst of these institutional patterns they perceive individuals free to maximise their welfare in markets. This juridical perspective provides the basis for hoping that the global regimes can encase state sovereignties in a legally egalitarian cosmopolitan rule of law in which individuals of the world can unite in free exchange.

But if we view this same international order from the angle of social power, it looks much more like a powerfully centralised social pyramid of capitalist market forces dominated by the capitals of the Pacific Union states and strongly supported by their state officials. This reality is captured by Justin Rosenberg's concept of "An Empire of Civil Society." In this empire, we find substantial unity between the states and market forces of the core countries, rather than the supposed antagonism suggested in both globalisation and liberal Cosmopolitan discourses. We find substantial unity also across the societies of the Pacific Union (as well as rivalries between the governments and economic operators of each state and those of the others). And we find also that the governance of this social empire is guarded not by a supra state

cosmopolitan centre but by a coalition of dominant states, working with their own dominant market forces.

We do not have ready to hand a language for describing this pattern of global social power. We are used to considering that both state sovereignty and international markets are the opposites of imperialism. This could be said to have been true in the era of the European empires of the 19<sup>th</sup> century and the first half of the 20<sup>th</sup> century, for these were largely juridical empires claiming sovereign legal power over conquered territories and peoples. But the distinctive feature of the Pax Americana has been the enlargement of American social control within the framework of an international order of juridical sovereign states. Samuel Huntington has provided the classic statement of how US imperial expansion has worked: A Western Europe, Latin America, East Asia, and much of South Asia, the Middle East and Africa fell within what was euphemistically referred to as ‘the Free World’, and what was, in fact, a security zone. The governments within this zone found it in their interest: a) to accept an explicit or implicit guarantee by Washington of the independence of their country and, in some cases, the authority of the government; b) to permit access to their country to a variety of US governmental and non-governmental organizations pursuing goals which those organisations considered important....The great bulk of the countries of Europe and the Third World....found the advantages of transnational access to outweigh the costs of attempting to stop it.

While during most of the Cold War, as Huntington says, the principal lever of US expansion was the security pact, from the beginning of the 1980s this has been supplemented by a second instrument: financial and market-access pacts for states facing financial crisis. These combined levers of global imperial power are captured well by Robert Kagan and William Kristol when they write: ‘Today’s international system is built not around a balance of power but around American hegemony. The international financial institutions were fashioned by Americans and serve American interests. The international security structures are chiefly a collection of American-led alliances. What Americans like to call international Anorms are really reflections of American and West European principles. Since today’s relatively benevolent international circumstances are the product of our hegemonic influence, any lessening of that influence will allow others to play a larger part in shaping the world to suit *their* needs....American hegemony, then, must be actively maintained, just as it was actively obtained.’ Kagan and Kristol, of course, emphasize the centrality of the United States in these mechanisms, but there is no evidence to suggest that the West European states and their business classes would operate in a different way in a more collegial organisation of the Pacific Union. EU operations today towards East Central Europe suggest a basically common approach to that of the US.

These pacts, then, not only allow entry of Atlantic capitals into the sovereign states; they also allow the redesign of national and international market structures to systematically favour the market dominance of Atlantic multinational corporations.

In liberal thought, the rejection by the dominant core states of formalised legal authority over territory can seem to suggest a far weaker form of political power than

the European juridical empires of old. This is because liberal approaches often see power mainly in the sense of “command power”. This would suggest that the strongest form of international power is a juridical empire. But by taking legal command over a territory you take responsibility for everything that happens on that territory B a frequently heavy burden and potentially a dangerous one. Secondly, if you can shape the relevant environment of the given legal state authority, you can ensure that it acts in ways conducive to your interests. The emergent global system is precisely geared to shaping these relevant environments of sovereign states so that developments within these states broadly match the interests of Pacific Union states while responsibility for tackling these developments falls squarely on the governments of the sovereign states concerned.

But this new type of international order does not make the system of penetrated sovereign states some kind of legal fiction. They remain crucial corner-stones of the order, but their role becomes above all that of maintaining political control over the populations within their jurisdiction. The centrality of this role can be appreciated when we note the paradox of military power in the contemporary world.

This is the paradox that while the military power of the United States and the other Pacific Union states is enormous in its destructive capacity, its political value is increasingly confined to influencing the behaviour of other state executives. At the same time, the capacity of Pacific Union states to directly control and shape populations with military instruments has precipitously declined during the 20<sup>th</sup> century. The days when handfuls of British soldiers could impose their will militarily against stateless peoples and societies in Africa or Asia are long gone. The experience of colonial wars, of Vietnam and more recently of Somalia and indeed the Bosnian and Kosovo protectorates today shows just how weak is the capacity of these core states to sustain efforts at directly controlling external societies with coercive power. This absolutely central task in the international order can be achieved only through a system of sovereign states.

### **Blind Spots and Misconceptions in the NLC Analysis: Part 3: Liberal Democracy as a Cosmopolitan Cement?**

As we saw at the start of this paper, a fundamental basis for the liberal cosmopolitan current’s optimism lies in the spread of liberal democratic forms of polity across the globe. It is this idea which enables them to believe that humanity is being unified in a single movement for liberal democratic values and norms. But this idea presupposes a great deal about what binds societies and states together in the modern world. Above all, it assumes that universalist liberal values are the unifying organising forces within liberal democratic states. The source of this conception lies deep within many varieties of liberalism, above all in the idea that politics and political conflict as well as civil life are encased within legal-constitutional frameworks.

This liberal legal conception of the state does indeed seem to operate within stable, consolidated liberal democracies. Constitutional norms are observed and enforced and civil and political conflicts are regulated by the legal and judicial apparatus. Yet many liberals would acknowledge that stable liberal democracies themselves rest on other foundations than simply law.

One such foundation often cited is an entrenched system of social relations B a social property rights regime. This aspect was strongly stressed in Western public policy prescriptions for the building of liberal democracies in East Central Europe: the prescriptions of the IMF and World bank emphasised that liberal democratic stabilisation had to follow not precede the transformation of the social structure into a private capitalist market society. Another foundation often cited is a homogeneous political identity rooted in such cultural features as ethnicity, nationhood or notions of a common historical experience. And a third foundation often cited is adequate economic welfare levels or arrangements or popular expectations of such welfare arrangements. A fourth is a congenial, secure international environment for the state in question.

#### 1. The Spread of Liberal Democracy in exchange for its foundations.

A striking feature of the spread of liberal democratic forms of polity in the 1980s and 1990s has been the fact that this has occurred typically in states where these various foundations for stable liberal democratic constitutionalism have precisely been shaken, stretched and tested to the limit, or indeed beyond it. And paradoxically many of the sources generating extreme pressures upon the foundations of the liberal democratic states have been precisely the same sources as those pressing for tough liberal legal norms within these newly liberal democratic states: the common source has been the very Pacific Union seen by liberal cosmopolitans as spreading harmony across the globe.

We can briefly list the strains upon states generated by the Pacific Union heartland:

- a) Undermining economic performance by mercantilist trade policies and pressing states to open their economies to monetary and financial movements to which the economic welfare of their citizens becomes extremely vulnerable.
- b) Exploiting financial crises within state to weaken or undermine institutions and policies giving some elements of social security to their populations.
- c) Encouraging state elites to impose policies which widen the gap between rich and poor emiserating large groups of the population.
- d) Ensuring that the various state-centred development models through which states, in the post-war period offered hope to populations for social improvements have been dismantled and replaced by an insistence that welfare gains can be achieved only through individual activity on the market, not through collective public endeavours.

e) Creating conditions and rules allowing businesses from Pacific Union states to enter and gain control over domestic product markets and services, channelling profit streams out of the country.

f) Establishing international environments in which economically weak states must seek to compete for the entry of foreign capitals by reducing taxes on the business classes and thereby undermining their capacity to maintain welfare, educational and health services.

All these pressures upon states outside the Pacific Union have been taking their toll on many states, whether liberal democratic or not. States under strain, states fragmenting, the emergence of shadow states or outright state collapse are becoming common sights in the contemporary world.

The idea that the introduction of liberal democratic procedures and institutions as ways of reconsolidating states whose economies are collapsing, whose civil societies are being riven by conflicts and strains and whose capacity to offer public goods to their populations is being subverted is surely a superficial one. Where such states had previously had authoritarian polities, the populations may initially welcome the arrival of liberal freedoms and the right to vote. But when they find that they have in fact traded this granting of liberal freedoms for the loss of economic welfare and security and for a right to vote which gives minimal or no capacity to influence public policy, the strains within the liberal democratic legal and institutional frameworks will inevitably appear.

It is becoming not uncommon in such conditions for the liberal legal and institutional frameworks of polities to burst, as groups turn to organised crime and mafia networks or break with the homogenising national political values of the state, demanding exit as national minorities.

These trends in polities of the new, global “Empire of Civil Society” management by the dominant social groups of the Pacific Union are not, in fact, confined to polities outside the Pacific Union itself. There are a more general trend affecting the “consolidated” liberal democracies as well. Philippe Schmitter has summarised what he sees as the currently dominant trend pitting liberalism against democracy in the following terms:

“...we will see more liberalism and (implicitly) less democracy. Privatisation of public enterprises; removal of state regulations; liberalisation of financial flows; conversion of political demands into claims based on rights; replacement of collective entitlements by individual contributions; sacralisation of property rights; downsizing of public bureaucracies and emoluments; discrediting of ‘politicians’ in favour of entrepreneurs; enhancement of the power of ‘neutral technical’ institutions, like central banks, at the expense of ‘biased political’ ones. All these modifications have two features in common: 1) they diminish popular expectations from public choices, and 2) they make it harder to assemble majorities to overcome the resistance of minorities, especially well-entrenched and privileged ones.’ Schmitter points out that those ad-

vanced liberal democracies 'most exposed to the "more liberalism" strategy have tended to have proportionately greater declines in voter turn-out, in trade union membership, in the prestige of politicians, in citizen interest in public affairs, in the perceived role of legislatures, in the extent and intensity of party identification, and in the stability of electoral preferences. Conversely they have seen rates of litigation increase, accusations of corruption escalate, and antiparty candidacies proliferate. Whether this process of "dedemocratisation" can continue is, of course, the all-important question. Its justification rests almost exclusively on the superior economic performance that is supposed to accrue to a liberalised system of production and distribution, along with the deliberate effort to foster a strong normative rejection of politics as such."

## 2. Liberal Norms as Arbitrary Global Government

This, then, is the real context in which the Pacific Union campaign for liberal individual human rights is taking place. The consolidation of liberal tolerance and human rights is a superstructure which rests upon a series of social, economic, domestic political and international foundations. When these foundations are undermined and sharp social and political conflict begins to predominate in states, liberal forms and rights enter a crisis. This fact is recognised in Liberal Constitutionalism. When liberal democratic polities break down in the direction of civil war or state collapse liberal constitutional theory allows for states to suspend liberal norms through the declaration of a state of emergency. Typically in such crisis situations both sides in the political conflict accuse the other of violating the norms of liberalism and human rights. Thus liberal norms are turned into political weapons in a political conflict over other issues such as separatism, irredentism, religious conflict or Left-Right conflicts.

At this point the Pacific Union powers are able to move forward as an Olympian *deus ex machina* championing liberal norms of human rights and free to choose whether to blame the state as the violator or to accuse the opposition of being terrorists and violators. What is left out of the picture is the fact that typically the foundations of political tolerance and political harmony within the given state have been undermined precisely by the external economic social and political pressures and policies generated by the Pacific Union itself. Insofar as the Pacific Union decides to intervene with a bombing campaign the result will, of course, be further to destroy the minimal conditions for the the flourishing of political tolerance and respect for human rights within the war zone.

The real determinant of the degree of consolidation of liberal rights in many states is thus becoming a policy calculation by the lead states of the Pacific Union: how vigorously should they place strains on a given state to reorganise it in the interests of the Empire of Civil Society? Conversely, how much should they ease strains on a state in order to maintain its stability? This constant trade-off in the Pacific Union policies for the non-core states is the real key to the degree of political harmony and stability in very many parts of the world today. It is a regime of irresponsible and frequently arbitrary government.

## CONCLUSION

We have argued in this paper that the cognitive framework used by the supporters of the new liberal cosmopolitanism to claim that humanity is on the verge of being finally united in a single, just world order is not convincing. The liberal individualist analytical corset does not fit the world as it is. It fails to strap American power into its prognosis of a supra-state order. It fails identify mechanisms than can pull the social dominance – both economic and political – of the Pacific Union states over other societies under cosmopolitan governance. It fails to spot how the spread of liberal democratic polities is combined with the undermining of the conditions for their organic consolidation. And finally it does not recognise that intervention by powerful states in the name of liberal individual rights is inevitably and inescapably arbitrary given the contradictory requirements of the most powerful states.

Any cosmopolitan project must entail at least a minimal construction of a single world community which can recognise itself as such. Yet the direction of change in the contemporary world is in important, structural ways generating deeper divisions than ever between people in different parts of the world and different social groups. In short, the a cosmopolitan project for unifying humanity through the agency of the dominant capitalist states on the normative basis that we are all individual global citizens with liberal rights is likely likely to plunge us all into increasingly divisive global turmoil.

Cosmopolitan projects which place at the centre of their conception of the new world order the notion of a democratic global polity do have the great merit both of working to subordinate the rich minority of states and social groups to a global majority will, in conditions where the bulk of the world's population remains trapped in poverty and powerlessness. Such a democratic cosmopolitanism also offers the prospect of bringing market forces under genuine popular political control. Yet such a genuine democratic cosmopolitanism has two major weaknesses as a contemporary project: it would require a Herculean popular agency to achieve its goal against the united colours of the Pacific Union. And it focuses too narrowly on purely political institutions. Bringing humanity towards genuine social unity on a global scale must surely critically address the issue of new social and economic arrangements to underpin democratic development both within and across states.

Cosmopolitan values and goals will remain a strong element in the whole project of modernity today as in the days of Immanuel Kant. But the currently dominant discourse of thin, liberal individual rights is not an adequate vehicle for cosmopolitan advance. One of the greatest falsehoods perpetrated by the champions of this liberal individualist discourse is the oft-made claim that we must choose between liberal individualism and anti-modern Jihad, or between absolutist liberal individualism and relativising all values to individual Nietzschean or anti-modernist obscurantist taste. The modernist project born in the West in the 18<sup>th</sup> century contains a wealth of universalist traditions with the theoretical resources to offer a far richer and more viable future for humanity than the currently dominant market-based liberal individualism.

At present these alternative strands of cosmopolitan thought and action are disorganised and disoriented by the collapse of the Communist tradition and the hollowing out of international social democracy. It is too easy to forget that we are living through a very peculiar moment in history, one involving the complete disorientation and disorganisation of labour movements internationally. But this will surely be at least a partial, temporary phenomenon.

The combined appeals of both cosmopolitan conceptions of a single humanity with common human needs and aspirations and also of individual freedom to pursue distinctive paths to fulfilment must remain central principles in the new century. Yet creating the social conditions for realising these principles requires a social framework radically different from the capitalist free market and its twin the capitalist power politics state whose authority is rooted in irrationalist appeals to usually bogus cultural homogeneities. Unfortunately—perhaps tragically—humanity is trapped, at the start of the 21<sup>st</sup> century, in a taboo against any alternative social framework to capitalism and capitalist power politics. Perhaps Kant was right, and a cosmopolitan peace will be achieved only when the full dangers of current transnational dynamics are revealed. In the meantime, cosmopolitan values will, I suspect, paradoxically lie with those seeking, at a local or regional level, to resist the currently dominant transnational dynamics in the search for more socially just arrangements that can lay real foundations for human individuality to flourish safely for the whole of humanity and not just for a small transnational social elite.

## A Lei e a LEI: UMA REFLEXÃO CRÍTICA DA LEITURA CRUZADA ENTRE O DIREITO E A PSICANÁLISE

Jeanine Nicolazzi Philippi\*

A ausência de um mandato definitivo – capaz de estabelecer um sentido preciso para sua existência humana – propiciou, ao longo do tempo, a elaboração de distintas modalidades de descrição de uma possível relação constante entre as variáveis fenomenais específicas à condição humana genericamente identificadas à noção de lei.

Compreendida como ditame dos deuses, necessidade natural, vontade do mais forte, virtude do sujeito, idéia do bem, *physis*, autoridade, pai, razão, história ou norma fundamental, a lei evoca: 1 – o sentido de um limite simbólico que norteia as trocas humanas através da especificação dos interditos fundamentais de uma sociedade; 2 – a complexa trama das justificativas para as ações autorizadas dos indivíduos; e, 3 – a distinção de um *topos* transcendente – expressão de uma potência ou instância independente do sujeito –, que torna operativa a representação imposta aos seres humanos de que, muito embora lhes seja facultado o poder de colocar normas imediatas para a orientação de uma vida comum, o mandato supremo que ordena as suas existências, no entanto, já está dado desde sempre por alguém ou alguma força, distinta deles.

Esses elementos destacados para a compreensão da lei identificam, por sua vez, não apenas a lógica adstrita à formulação das regras que estabelecem os parâmetros adequados para nortear o movimento dos homens no mundo, mas também um ponto de referência singular, um *espaço ideal* que autentica o discurso normativo da cidade e ao qual é reportada a palavra autorizada para reger o gênero humano.<sup>1</sup> Por isso, é lícito dizer que razão e imaginação, mito e lógica convergem na identificação das faces da lei da qual constituem instâncias distintas, mas não independentes. Enquanto a primeira remete à criação dos laços entre os códigos e o mundo, distinguindo os mecanismos de obediência e controle social, a segunda tece a trama dos signos próprios aos fantasmas<sup>2</sup> sagrados e profanos inerentes à criação imaginária, oferecendo um campo de referentes divinos e seculares nos quais a normatividade humana se abriga e forja suas máscaras...

\* Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

<sup>1</sup> LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*. Trad. Aluizio Pereira de Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária/ Colégio Freudiano, 1983. p. 65.

<sup>2</sup> O termo fantasma, aqui empregado, não está remetido ao produto de uma imaginação irracional, mas está relacionado ao uso do termo efetuado pela teoria freudiana, qual seja: "...faculdade de imaginar no sentido filosófico ... como o mundo imaginário, os seus conteúdos, a atividade criadora que o anima." LAPLANCHE, J. & PONTALIS, J-B. *Vocabulário da psicanálise*. 10 ed. Trad. Pedro Tamen. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 228.

Assim, transpondo o *acesso oficial* que autoriza a reconstrução da legalidade ocidental, este trabalho procurará – com o auxílio do aparato conceitual psicanalítico elaborado a partir do marco teórico freudo-lacaniano – distinguir um outro caminho possível para a apreensão do substrato remoto da normatividade humana, não para redefinir as razões últimas e os fins superiores que orientam as mais diversas teorias que versam sobre aquilo que os indivíduos devem ser ou fazer, porém com o intuito de suscitar novas indagações sobre o lugar que o desejo ocupa na relação do sujeito com a lei.

A descrição freudiana da subjetividade, argumenta Pierre Legendre, permite a articulação da psicanálise com o direito, na medida em que mostra a operação metafórica de uma ordem dogmática – sob as coordenadas de um excesso do conflito inicial que marca toda a existência humana. A exaustiva repetição dos signos, a obediência aos cânones da falta, a veneração das máscaras, como também a perseverança do sujeito em sustentar a causa do seu desejo definem uma certa constituição política da pessoa que, no espaço público, encena seus mitos particulares.<sup>3</sup> Todavia, acrescenta o autor,

“... se a experiência psicanalítica predispõe seguramente a sentir a grande quebra no seio de uma ordem, a que se compreenda a teatralidade da realidade entre as duas cenas, aquela que se vê e a outra onde compõe para o sujeito as máscaras, não está no poder de ninguém autenticar seu próprio repertório como se lhe fosse permitido responder por todo o grupo. É aí que se inaugura, com efeito, a instância comum – a civilização –, onde cada um é um outro sujeito, governado em um outro círculo, domesticado sob a égide de leis e por uma censura pronunciada segundo a Ordem Natural do Direito. Se o texto freudiano, a despeito das passagens corajosas que volta e meia aparecem nesta obra considerável, designou correspondências lógicas, não diz por que vias precisas se comunicavam os dois círculos, nem pretendeu liberar, neste ponto, quem quer que seja. Começam, então, aqui, as verdadeiras dificuldades deste estudo ...”<sup>4</sup>

Para enfrentar estes obstáculos, buscar-se-á, em um primeiro momento, destacar alguns aspectos da genealogia da lei no ocidente que *autorizam* o diálogo com as considerações da psicanálise sobre a cena imaginária do sujeito preso à onipotência do seu desejo – um jogo não totalmente decifrável pela consciência, que opera mediante a ação e a reprodução de encenações textualizadas de caráter ritual –, com o intuito de especificar, nessa interlocução, uma via possível de articulação da legalidade inconsciente com a normatividade que estabelece os caminhos autorizados para a circulação do sujeito na cidade.

Seguindo esse roteiro, chega-se à Grécia antiga onde a audaciosa projeção da *polis* no *cosmos* – empreendida pelos filósofos da natureza – possibilitou uma experiência inédita em relação à lei e ao direito, sustentada não nas revelações sagradas,

<sup>3</sup> LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*, op. cit., p. 23.

<sup>4</sup> Idem, p. 30.

mas em um substrato comum a todos, o *logos*, o espírito enquanto órgão do sentido. Ressonância imanente da ordem que impõe um equilíbrio a forças contrárias, estabelecendo, nesse processo, um acordo entre elementos rivais, a lei passou a representar um limite simbólico para os cidadãos, cujo sentido deveria ser buscado no mundo.<sup>5</sup> Considerando essas questões, Heráclito afirma no fragmento 44: o homem “... deve lutar pela lei como pelo muro da cidade.”<sup>6</sup>

Na *polis*, o *nomos* que estabelece a conexão entre as normas humanas e a justiça cósmica designa o lugar de cada um no *universo*, como também distingue, para além da cidade *visível*, defendida pelas muralhas, a *polis* invisível, cujo escudo é a própria lei. A partir dessa metáfora, argumenta Werner Jaeger, o cidadão forja para si – com a lei – uma corrente nova, que centraliza as forças e os impulsos divergentes, como nenhuma outra ordem social jamais teria podido fazer. Expressão objetiva da *polis*, a lei converte-se, assim, em um *senhor oculto*, que não apenas subjuga os transgressores e impede as usurpações dos mais fortes, mas que deita, também, suas garras até os assuntos mais íntimos da vida privada e da conduta moral dos cidadãos, traçando limites e caminhos autorizados para as suas ações.<sup>7</sup>

O desenvolvimento da democracia em Atenas – transformada em pólo cultural do mundo grego por volta de 450 a.C –, com a instituição de assembleias populares e tribunais, que elaboram e aplicam as normas feitas por homens livres,<sup>8</sup> acaba por colocar,

<sup>5</sup> Segundo Jean-Pierre Vernant, “... pode-se dizer que o declínio das teogonias data do dia no qual os primeiros filósofos colocaram em discussão a ordem humana, procurando defini-la a partir de fórmulas acessíveis à inteligência. Assim, formou-se um pensamento propriamente político, exterior à religião, com vocabulário, conceitos e princípios específicos. Esta forma de produção do conhecimento marcou profundamente a mentalidade do homem grego e caracterizou uma civilização que, enquanto permaneceu viva, não deixou de considerar a vida pública como uma atividade humana por excelência. No caldo da cultura grega, o homem não se separava do cidadão; a *phronesis*, a reflexão, se transforma não tanto no comércio humano com as coisas quanto nas relações dos homens entre si, a razão grega desenvolveu-se menos através das técnicas que operam no mundo, do que através das reflexões que propiciam os meios hábeis ao questionamento da dimensão imaginária que perpassa as relações dos homens com os deuses e com as forças que julga transcendentais as suas possibilidades de seres finitos e mortais. Assim, dentro dos seus limites e a partir das suas inovações, pode-se dizer que a razão é filha da Cidade”. VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. 9 ed. Trad. Isis Borges da Fonseca. Rio de Janeiro; Bertrand-Brasil, 1990. p. 95.

<sup>6</sup> HERÁCLITO. *Fragmentos*. Trad. Damião Berge. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1969. p. 257.

<sup>7</sup> JAEGER, Werner. *Paidéia – a formação do homem grego*. E ed. Trad. Arthur M. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 141/142.

<sup>8</sup> Nesse sentido, esclarece Otfried Höffe, estima-se que no seio da *polis* apenas uma parte dos habitantes possuíam direitos de cidadania; os outros – considerados co-habitantes ( metecos, aproximadamente estrangeiros residentes) ou escravos. A cidade de Atenas antes da guerra do Peloponeso possuía mais ou menos 315.000 habitantes, dos quais 172.000 eram cidadãos, 28.000 metecos e 115.000 escravos. “Mesmo entre os cidadãos, muitos não tomam do mesmo modo parte nos negócios do Estado; os comerciantes, artífices e assalariados deixam a iniciativa política, via de regra, para os nobres; de todas os modos, as mulheres não são admitidas. Aristóteles não põe estas circunstâncias em questão, por isso, não converte o homem enquanto homem em sujeito e medida da ordem ética e política da cidade ... O sujeito de direito de sua política é muito antes o homem como cidadão livre e como senhor da casa nos três papéis de senhor do matrimônio, de senhor sobre os escravos e senhor sobre as crianças.” HÖFFE, Otfried. *Justiça política – fundamentação de uma teoria crítica do direito e do estado*. Trad. Ernil Stein. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 183 .

no entanto, outras questões para a compreensão da lei. Com efeito, a produção normativa da *polis* deixa de ter sua inscrição assegurada por uma natureza transcendente, para retirar sua validade da ratificação por uma instância deliberativa composta por cidadãos. Nesse contexto, o problema da precariedade da lei humana se impõe. Uma primeira justificação para a legislação transitória da cidade democrática é teorizada pelos sofistas,<sup>9</sup> a partir do deslocamento das questões sobre a legalidade humana de um plano cosmológico para o âmbito antropológico. A busca por uma lei universal cede, então, lugar para a produção de um conhecimento capaz de formar sujeitos aptos a participarem dos assuntos públicos, ou seja, de uma prudência que todos devem adquirir para bem administrar as coisas da *polis*.<sup>10</sup>

A *legislação de circunstância* produzida pelos órgãos deliberativos encontra, segundo os sofistas, suas bases de sustentação não no bem absoluto previamente estabelecido e válido para todos, mas nos discursos que, procurando persuadir os membros dos tribunais e das assembléias populares, versam sobre o justo e o injusto, ou seja, na retórica.<sup>11</sup> Para Gorgias, por exemplo, a inexistência de um valor maior, além daquele que, ao mesmo tempo, é causa da independência dos que o possuem e faculta aos seus detentores um certo tipo de autoridade sobre os demais cidadãos, torna o saber persuadir através das palavras um bem supremo, pois é a partir dele que nasce o crer.<sup>12</sup>

Sócrates, no entanto, alerta para as falácias dessa arte argumentando que ela não visa, necessariamente, moldar sujeitos capazes de dialogar em igualdade de condições nas assembléias e discutir a lei a partir daquilo que é pensado e construído politicamente, mas tão somente forjar crentes, que aderem, sem resistência, à eloquência dos oradores, pagos para defender os interesses particulares eleitos como bens públicos.<sup>13</sup>

Esse tratamento dispensado aos cidadãos a partir da manipulação das leis é justificado, no Gorgias de Platão, por Cálicles, para o qual o *nomos*, em oposição à *physis*, não passa de uma convenção sem valor; aquilo que parece justo segundo a natureza pode não sê-lo em virtude da lei. Nessa perspectiva, as normas da cidade

<sup>9</sup> “Os sofistas são mestres ambulantes vindos de fora, nimbados de um halo de celebridade inacessível e rodeados de um reduzido círculo de discípulos. É por dinheiro que ministram seus ensinamentos. Estes versam sobre as disciplinas ou artes específicas e dirigem-se a um público seletivo de filhos de cidadãos abastados, desejosos de se instruírem. JAEGER, *op. cit.*, p. 523. Para Lucien Ferdinand Mueller, “... foram os sofistas os primeiros em pôr em relevo, com surpreendente perspicácia, o que hoje se chama subjetividade humana ... Graças à ação dos sofistas, opera-se uma reviravolta aberta pelos seus predecessores, cujo interesse se dirigia, logo de início, ao contexto da vida humana.” (MUELLER, Lucien Ferdinand. *História da psicologia*. 2 ed. Trad. Almira de Oliveira Aguiar. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978. p. 30.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>11</sup> “Ao lado da sofística, que é um fenômeno meramente pedagógico, a retórica representa o aspecto que na nova cultura orienta praticamente para o Estado. *Rhetor* continua ainda na época clássica a ser o nome para designar o estadista, que no regime democrático precisa sobretudo ser orador. A retórica de Gorgias propõe-se formar retóricos neste sentido da palavra.” JAEGER, *op. cit.*, p. 650.

<sup>12</sup> PLATÃO. *Gorgias – o de la retórica*. 2 ed. Trad. Francisco Garcia Yagüe. Madrid: Aguilar, 1981. P. 360/361/362.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

consistem, antes de tudo, em uma criação dos fracos, frente aos fortes, que desta forma estão autorizados, em virtude de uma lei da natureza – e não de uma produção normativa humana sustentada em um certo sentido de justiça – a desrespeitá-las.<sup>14</sup>

Nessa linha de argumentação, a lei deve ser compreendida como a vontade do mais forte – aquele que, segundo Cálicles,

“... deve deixar que seus desejos alcancem a maior intensidade e não reprimi-los, mas estar em condições adequadas para acudir em ajuda deles ... para saciá-los com os objetos que sucessivamente aspiram ... Isto não está ao alcance da maioria dos homens, e aí está a origem das censuras que fazem objetos aos que agem assim ... Aqueles que podem desfrutar de suas vantagens sem que nada os impeça, por que vão converter em donos e senhores de suas vontades a lei, a razão e a censura da maioria?”<sup>15</sup>

Contrapondo a descrição dessa legalidade, que rege o mundo físico das forças em luta na *polis*, Sócrates propõe um outro pensamento sobre a lei, expresso a partir do restabelecimento da ligação entre o *logos* e o *nomos*.<sup>16</sup> O pensamento socrático sobre a lei enfatiza a *psyché* – a alma concebida como espírito pensante e razão moral, que deve ser examinada nas tentativas de compreensão da legalidade humana. A *psyché*, no pensamento socrático, é lançada ao trabalho arrojado de submeter a vida dos homens ao império da razão e, com isso, restaurar a *polis* a partir de um sentido moral interior, que extrapola a implementação dos poderes exteriores.

Ao contrário dos sofistas, que partem de uma concepção da natureza humana condicionado-a a um mero instinto, Sócrates distingue o princípio segundo o qual a legalidade estabelecida socialmente deve traduzir um bem real, em oposição à injustiça e à maldade. As medidas arbitrárias dos tiranos e das assembleias, para o filósofo, não vinculam os indivíduos – não podem, portanto, ser consideradas leis – uma vez que não encontram fundamento na justiça. Mas quando o cidadão desfruta dos benefícios da legislação da cidade, não questionando o seu alcance e as suas possibilidades de justificação, por racionalmente reconhecer a sua propriedade, fica irremediavelmente submetido ao dever de obedecê-la, pois ele é o único agente responsável pela elaboração das leis e, conseqüentemente, pela adesão a elas. Destaca-se aqui uma dimensão singular da legalidade humana, que explicita o seu fundamento ético não mais buscado em uma natureza eterna e imutável, mas na responsabilidade do cidadão em aderir à lei que a consciência individual identifica com a justiça.<sup>17</sup>

Para além dessas faces da legalidade instituída, moldadas a partir da análise dos parâmetros adequados à condução e à justificação da *polis*, a tradição helênica mostrou, também, que estes expedientes produzem sistematicamente o que lhes contesta o

<sup>14</sup> Idem, p. 383.

<sup>15</sup> Idem, p. 388.

<sup>16</sup> LENOBLE & OST, *op. cit.*, p. 376.

<sup>17</sup> PLATÃO, *Crítón*. Trad. Manuel de Oliveira Pulquério. Brasília: Editora Unb, 1997. p. 64.

domínio. O desvelamento da política empreendido nas tragédias gregas expõe aquilo que a cidade e a sua ideologia recusam, permitindo, com isso, um olhar diferenciado sobre a lei e os homens que a significam ...

A cena trágica *substitui* os ideais políticos, que procuram moldar e sujeitar os homens às ordens estabelecidas através do jogo de uma crença racional, pela explicitação de uma humanidade precária, mortal e premida pelos limites inerentes a sua condição, que a cidade e os deuses não podem aplacar. Muitas são as coisas sublimes sobre a terra, escreve Sófocles em sua peça *Antígona*, "... mas nenhuma mais prodigiosa do que o próprio homem ... Na criação que o cerca só dois mistérios terríveis, dois limites. Um a morte, da qual em vão tenta escapar. Outro o seu próprio irmão e semelhante, o qual não vê e não entende. Se não resiste a ele, é esmagado por ele. Se o vence, o orgulho o cega, vira um monstro que os deuses desamparam."<sup>18</sup>

Esse *pathos* que se enuncia como norma da condição humana coloca a dimensão da lei trágica, o destino, que, a revelia dos homens, se sobrepõe à normatividade instituída e reduz toda a distância entre o indivíduo comum e os heróis ou poderosos, estes que, por serem humanos, valem por qualquer um.<sup>19</sup> A lei, denuncia Antígona, se distingue do capricho ocasional de um pobre rei que julga poder suplantá-la.<sup>20</sup> Para além dos ideais da *polis*, do poder do tirano e das normas feitas em seu nome, está colocado um limite denunciando o desamparo humano, que perdura, insiste a despeito de qualquer decreto estabelecido pelos homens.<sup>21</sup> Àqueles que se julgam imortais Sófocles alerta: "A vida é curta ... Desafiando o destino, depois, tudo é destino..."<sup>22</sup>

Aqui se explicita uma lei que a tradição jurídica do ocidente tentou, avidamente, revogar... A dimensão da falta que perpassa a legalidade humana, descrita na cena trágica, de fato, sempre foi recusada pela cidade, que, ao estabelecer os enunciados normativos de um *corpus iuris*, manteve, também, sempre presente a aposta imaginária que investe na possibilidade – historicamente renovada – de figurar ou nomear o Outro, um *topos* lógico que distingue, na estrutura subjetiva do ser humano, a *instância* da qual todo enunciado de autoridade retira a sua garantia e recebe a marca que o institui como ficção.<sup>23</sup>

Na composição da lei sedimentada a partir do Império Romano, esta relação se impõe em toda sua radicalidade. Em Roma, destaca-se, para a compreensão da legalidade ocidental, o conceito de *auctoritas*, que, na perspectiva religiosa dos romanos, santifica o passado, legando para as gerações futuras o testemunho daqueles que presenciaram e ampliaram a sagrada fundação da cidade. A autoridade, desse modo, traduz a reverência

<sup>18</sup> SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Millor Fernandes. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 18/19.

<sup>19</sup> LORAU, *op. cit.*, p. 27/28.

<sup>20</sup> SÓFOCLES, *op. cit.*, p. 22.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>23</sup> LEGENDRE, *O amor do censor, op. cit.*, p. 28/29.

aos pais da *civitas* como fundamento do dever de obediência. Descendentes dos heróis fundadores de Roma, os dirigentes e os juristas romanos estão ligados ao passado e isso transforma o direito e a lei desta cidade em manifestações autoritárias dos antepassados e dos costumes delas derivados.

O princípio de autoridade define, portanto, no âmbito do direito romano, uma possibilidade singular para a compreensão do lugar do qual emana a lei. Em outros termos, pode-se dizer que a figura da *auctoritas* inaugura no Ocidente uma genealogia legendária da lei que conduz à identificação de um *Autor primeiro*, suporte dos textos e das instituições necessárias para fundar e justificar a ordem normativa instituída.

Produtor e proprietário da palavra autorizada para reger o gênero humano, este *Autor* institui, dogmaticamente, um lugar de certeza no qual é encarnada e encenada a verdade acerca da origem da lei, ou seja, a perspectiva mitológica mediante a qual deve ser estudada, segundo Pierre Legendre, a gênese do direito ocidental, que obedece não a um encadeamento natural ou racional de dados, mas ao mecanismo específico das produções imaginárias, o qual ajuda a compreendê-lo como "... a ficção graças a qual ... os ocidentais inventaram para si aquilo que nós chamamos de um pai."<sup>24</sup>

Essa é, portanto, a linha de força daquilo que, para o mecanismo jurídico do Ocidente é indierrogável: a questão do *senhor imaginário* que se mantém atrás da lei.<sup>25</sup> Ela, que na *polis* grega foi identificada à vontade do mais forte, pelos sofistas, relacionada às virtudes da *psyché* – que conduzem à compreensão da responsabilidade do sujeito bem como do fundamento ético da legislação – e como signo da condição trágica de um ser marcado pela falta e pelo desamparo, passa a ser referenciada, a partir da tradição romana, a uma figura transcendente, um *Autor exclusivo* que está sempre lá enquanto os simples mortais – ontologicamente supérfluos na composição da legalidade instituída -, são convocados à adesão aos seus mandatos e à reverência dos seus mistérios ...

Na esteira desse legado, os sujeitos desamparados e faltosos, que compunham a cena trágica, são redefinidos como partícipes de uma grandeza, de uma linhagem e de uma imortalidade que, no entanto, não são suas mas de um Outro, que jamais renuncia à posse do que lhe é atribuído. Artífice do destino humano, o pai – *inventado* pelos romanos – ressoa na tradição jurídica ocidental designando a lei, sempre com o nome do Um. Autoridade, deus, soberano, razão, estado, história, sistema social ou norma fundamental são figurações que indicaram, ao longo do tempo, aqueles que estão autorizados a falar em *nome do pai*.

A marca desta transcendência pode ser percebida mesmo nas propostas mais elaboradas de uma ciência do direito depurada de qualquer remissão a saberes e poderes superiores ou estranhos às análises estritamente jurídicas. Hans Kelsen, por exemplo,

<sup>24</sup> LEGENDRE, *L'empire de la vérité.*, op. cit., p. 162.

<sup>25</sup> Nesse sentido, ver: CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. 2 ed. Trad. Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 97.

concebe o sistema jurídico como um complexo normativo composto por regras que estabelecem os comportamentos lícitos e ilícitos e normas estruturais que regulamentam a própria produção normativa. Esses preceitos pressupõem, por sua vez, um poder constituinte, referido, na perspectiva kelseniana, a uma norma fundamental – da qual todas as demais são originárias – que atribui aos órgãos constitucionais a faculdade de produzir regras jurídicas válidas, estabelecendo, com isso, para todos os indivíduos aos quais se destina o dever de obedecê-la. A norma fundamental, concebida para dar o último fundamento de validade ao ordenamento jurídico, não existe, contudo, na materialidade do direito positivo; não é, portanto, uma norma posta, mas tão somente pressuposta para validar o sistema.<sup>26</sup>

A norma última, além da qual é inútil ir, é aquela que, em síntese, recobre com o manto da legalidade o poder originário – o conjunto de forças políticas que em um determinado momento histórico se tornam hegemônicas e instauram um novo ordenamento jurídico. Muito embora a norma fundamental não esteja expressa em um ordenamento jurídico, é lícito afirmar, no entanto, a sua existência, argumenta Norberto Bobbio, pois ela autoriza o poder originário e, sendo assim, a sua materialidade pode ser retirada da força que converte a eficácia de um ordenamento no próprio fundamento da sua validade.<sup>27</sup> O direito como ele é, acrescenta o autor, “... é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos.”<sup>28</sup>

Essa referência genética explícita o *big bang* de um universo jurídico absolutamente autônomo, que prescinde de qualquer tipo de condição externa para operar. A força como expressão do ato de vontade supremo que autoriza a produção das normas válidas para todos distingue o suporte material no qual se sustenta a eficácia do princípio único que dita a lei. Todavia, para além da força que lhe permite operar, a legalidade que se desvela a partir da teoria normativista do direito se ampara, igualmente, em uma ficção – a norma fundamental – signo de um Outro qualquer que continua a manter presentes as condições necessárias para que uma instância maciça – o pai imaginário – permaneça operando como oráculo. Essa, com efeito, é a lei dos ocidentais – a palavra do *único sujeito* como suporte de legitimidade da força que a faz valer. Levando em consideração esses argumentos, é importante lembrar com Lacan que os homens ao pretenderem defender-se “... dentro da ciência, contra tudo o que possa lembrar um recurso ao Ser supremo, tomados de vertigem, precipitam-se alhures – para fazer a mesma coisa, posternarem-se. Aí não há nada mais a entender, tudo está explicado ...”<sup>29</sup>

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986. p. 238/329.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste dos Santos. São Paulo: Polis, 1991. p. 29.

<sup>28</sup> Idem, p. 67.

<sup>29</sup> LACAN, Jacques. *O seminário – o eu na técnica psicanalítica*. Livro 2. Trad. Marie Christine Lasnik Penot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 66/67.

Para transpor os limites desse círculo restrito que contém a lei, faz-se necessário repensar, antes de tudo, os sujeitos dessa pretensa linhagem de imortais que, para evitar enfrentar a lei trágica que enuncia: *paraíso nunca, se estais vivo e desejante, é graças a ele não teres acesso*,<sup>30</sup> cultiva e reverencia os mistérios do Outro e, com isso, mantém acesa a promessa de uma completude impossível. Essa possibilidade de saída do sistema jurídico será aqui trabalhada com o auxílio da psicanálise – uma bela metáfora que fala das possibilidades de inscrição do sujeito no mundo e esclarece, de uma forma singular, os traços da subjetividade humana que ressoam na cidade, ajudando manter operante a crença na lei pronunciada *em nome do pai*.

O sujeito, na perspectiva psicanalítica, deriva de uma legalidade do sentido que o torna desejante porque carente e um ser de falta na medida em que é marcado pela Lei. O *infans* adquire o seu estatuto de desejante no momento em que é interposta a proibição sob sua forma primordial, quer dizer, quando a palavra atua como *navalha simbólica* rompendo o vínculo simbiótico da criança com o seu primeiro objeto de amor.

A *navalha simbólica* que afasta o sujeito do seu *bom objeto* é a metáfora da Lei que delimita o traçado do desejo humano. Sem proibição não haveria desejo; mas com a interposição da Lei ele emerge como signo de uma falta na medida em que a sua plena satisfação é impossível. O idílio da completude se relativiza no momento estrutural em que o pai e os seus inúmeros nomes entram em cena anunciando para o pequeno ser que a ele faltará o objeto absoluto do seu desejo. Sob o impacto dessa Lei, o sujeito é inscrito no universo simbólico, onde traçará a sua história no lastro das saídas parciais que encontrará para a sua satisfação. Assim, como escreve Fernanda Otoni, “... depois de cada desencontro, um novo encontro ... encontro e desencontro que escrevem a novela amorosa de cada um de nós ...”,<sup>31</sup> cujo argumento é tecido a partir da referência ao Outro – expressão do primeiro objeto satisfatório, signo da primeira experiência de hostilidade e, também, força auxiliar do ser humano – que representa, de um lado, o *topos* para o qual o sujeito demanda a garantia dos seus discursos, normas e instituições; e, de outro, a dimensão de um universo lingüístico compartilhado que estrutura os pactos simbólicos, viabilizando, com isso, os laços sociais. São, portanto, essas faces do Outro que permitem recolocar de uma forma bastante peculiar o questionamento sobre a representação da lei.

Buscando a origem remota da legalidade humana, Freud, em *Totem e tabu*, reescreve a aventura inicial do ser humano, situando-a no plano da estruturação dos agrupamentos sociais. Conta esse mito que antecedeu a constituição da sociedade humana uma horda primitiva na qual um chefe violento, semi-animal, mantinha para si o usufruto da totalidade da riqueza e do poder, contra os filhos, sistematicamente excluídos. Um

<sup>30</sup> SILVA, Cyro Marcos. *Da família ao tribunal – do foro privado ao foro público – da lei à Lei*. Juiz de fora: mimeo, 1994. p. 8.

<sup>31</sup> OTONI, Fernanda. Violência e amor – considerações psicanalíticas sobre a violência cotidiana da vida familiar. In: *Texto e contexto – enfermagem UFSC*. Vol. 8. n.2. Florianópolis, mai/1999.

dia, porém, os irmãos expulsos decidiram unir-se para enfrentar o pai. Juntos retornaram aos domínios do tirano, mataram-no e devoraram-no, colocando, assim, um fim à horda patriarcal.<sup>32</sup> O assassinato do pai, no entanto, não provocou apenas alívio nos filhos, subjugados pela sua força, mas também culpa. Satisfeito o ódio após a refeição sagrada, os irmãos perceberam, em cada um, a animosidade e o encantamento decorrentes da comunhão de uma força superior. O sangue do onipotente já corria nas veias de todos.<sup>33</sup> Assim, no rastro implacável da culpa dos filhos a figura do pai foi se tornando cada vez mais poderosa – não mais no registro real, mas no imaginário – passando a ser reverenciada através do *totem* – signo da lei instituída pelos indivíduos, que coíbe as condutas que os levaram a se livrarem do pai e, desse modo, viabiliza a continuidade do grupo.<sup>34</sup>

Mas a despeito dessa instituição, é importante destacar que são os irmãos que colocam a lei e, nesse ato, se humanizam. O pai, em vida, representava a ausência de lei; morto, converte-se em uma referência do interdito, em um símbolo do vazio estrutural que indica para os homens a impossibilidade do gozo absoluto. Essa lei erigida pelos indivíduos e referenciada pelo pai morto denuncia o próprio limite da condição humana balizado pelos perigos decorrentes das forças naturais, da relação espontânea com os outros e do destino.<sup>35</sup>

O sinal dessa perda ou impossibilidade que emerge com a interposição da Lei necessita, no entanto, ser especificado. Por um lado, ele *determina* ao sujeito que a um imaginado ser total ele não ascenderá e, nesse mesmo movimento, aponta para o seu inexorável destino de falta, de orfandade, que será contornado pela invenção de uma aliança fraterna de direitos através da qual as trocas simbólicas poderão ser viabilizadas.<sup>36</sup> Essa Lei, argumenta Maria Rita Kehl, fala de um obstáculo interposto aos homens para que eles não pereçam insistindo no retorno à forma original de satisfação, na eterna tendência de volta às origens, a qual, “... uma vez impedida, impulsiona a psique humana em busca das mais diversas formas de satisfação, até encontrar seu destino na morte. Entre a interdição inicial e a satisfação final, o universo foi – e segue sendo criado... O sujeito que se organiza segundo essa Lei é o sujeito de um desejo: responsável por sustentá-lo ao longo da vida e também por procurar realizações parciais possíveis para ele ...”<sup>37</sup> prescindindo das garantias ilusórias de um Outro qualquer.

<sup>32</sup> FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Trad. Órizon Carneiro Munis. Rio de Janeiro: Imago, 1987. p. 169.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 170.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 172.

<sup>35</sup> FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Otávio Aguiar de Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1987. p. 10.

<sup>36</sup> LAJONQUIÈRE, Leandro de. *Psicanálise, modernidade, fraternidade*. In: KEHEL, Maria Rita.(org.) *Função Fraterna*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2000. p. 71.

<sup>37</sup> KEHL, Maria Rita. *A mulher e a lei*. In: NOVAES, Adauto. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 261.

Por outro lado, no entanto, essa Lei que *revela* o desamparo estrutural dos seres humanos remete, igualmente, às circunstâncias que lhe deram origem ... Como foi visto acima, ela surgiu do luto realizado pelo assassinato do pai que, em virtude da culpa dos filhos, foi erigido como um *totem*, uma causalidade transcendente, um símbolo – sem dúvida variável em sua forma – que justifica o laço social.<sup>38</sup> Esse *senal sensível*, argumenta Freud, perdura no psiquismo humano como uma possibilidade de obturação imaginária, a despeito das inúmeras conquistas da civilização e, com ele, o anseio dos indivíduos pelo pai e pelos deuses – sagrados e profanos – que cumprem, por sua vez, uma tríplice missão: exorcizar os perigos da natureza, reconciliar os homens com a crueldade do destino, particularmente a que é demonstrada na morte, como também representar, em um mundo habitado por seres iguais, o *topos* transcendente do qual emana a lei.<sup>39</sup> Quando o indivíduo em crescimento percebe a dimensão do desamparo decorrente da sua falta estrutural, acrescenta Freud, reconhece, também, que não poderá sobreviver sem a proteção de estranhas potências superiores e, nesse movimento, cria os seus próprios deuses, aos quais passa a emprestar as características pertencentes à figura do pai.<sup>40</sup>

A manutenção dessa crença leva à descaracterização da lei como expressão de um limite simbólico – uma metáfora possível para auxiliar os homens em suas buscas no mundo – na medida em que, antes de apontar para um marco constitutivo do sujeito, investe na direção oposta, ou seja: na possibilidade de uma obturação imaginária a partir da qual as barreiras interpostas à liberdade humana não podem ser analisadas sem uma atenção particular a sua contraface, o gozo daquele que faz a lei e coloca-se acima dela, impondo aos indivíduos a vontade do seu *Autor*, que diz: *enfim, o paraíso é possível, ele é justamente aquilo que eu tenho para os obedientes!* A respeito desse ato de fé, Freud alerta: enquanto o sujeito permanecer acreditando nos desígnios irrevogáveis de deus (ou dos seus prepostos), tudo o que lhe resta – como último consolo e como fonte de um prazer possível – é uma submissão incondicional!<sup>41</sup>

Essa legalidade não passa, portanto, da expressão do gozo daqueles que a concebem, os pais da horda encarnados que desconhecem aquilo que é proibido e, agindo desse modo, adverte Pierre Legendre, representam subjetivamente os filhos em estado bruto, não humanizados por um limite simbólico construído a partir de uma *referência normativa*.<sup>42</sup>

Por isso, faz-se necessário repensar a lei como uma metáfora do limite – que expõe a incompletude do simbólico e, nessa via, permite ao sujeito um olhar impessoal

<sup>38</sup> POMMIER, Gérard. *Fraeud apolítico?*. Trad. Patrícia Cleittoni Ramos. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989. p. 15/16.

<sup>39</sup> FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. Trad. Otávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1987. p. 29.

<sup>40</sup> Idem, p. 30.

<sup>41</sup> FREUD, *O mal-estar na civilização*, op. cit., p. 104.

<sup>42</sup> LEGENDRE, Pierre. *El crimen del cabo Lortie*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p. 146.

para o destino, quer dizer, o reconhecimento de uma esfera do puro acaso -, do sem sentido – que não pode ser controlada. O corpo humano, condenado à decadência e à morte, a natureza, que pode a qualquer momento manifestar seu potencial destrutivo impiedoso, como também a própria dor decorrente do relacionamento com os outros são fontes de inquietação e de sofrimento do ser humano,<sup>43</sup> para as quais nenhum tipo de providência divina ou jurídica é capaz de oferecer proteção definitiva.

Esses acontecimentos incontroláveis distinguem para a condição humana uma dimensão impossível – a falta estrutural do sujeito -, bem como as distintas possibilidades de negá-la – o acervo das certezas produzidas pelo gozo que ordenam, a partir da estrutura subjetiva do sujeito, duas lógicas distintas para a compreensão da lei. A primeira, como foi visto acima, busca negar a incompletude do simbólico, com a interposição de um significante último, ou seja, de um nome qualquer para perpetuar – no silêncio da lei – a referência à autoridade inquestionável, ao *sujeito único* do qual advém o imperativo do gozo como expressão da lei.

Ultrapassando esse espaço heterônomo no qual a legalidade humana *representa* as marcas da proibição e do gozo, a psicanálise distingue, também, uma outra face da Lei que a dimensiona como um momento ético – traduzido pelo reconhecimento da incompletude e da finitude humanas – como uma referência simbólica que preenche o *encargo peculiar* de simbolizar o desejo e, ao fazê-lo, indicar uma via possível para que os seres humanos possam sair dos círculos – marcados pela procura de uma totalidade impossível.

Essa *referência simbólica* – a Lei da castração – adverte Lacan, não pode ser confundida ou identificada com qualquer sorte de força transcendente (como, por exemplo, natureza, autoridade, deus ou estado), na medida em que ela distingue simplesmente a dimensão da palavra: aquela cuja caução reside essencialmente na sua enunciação. O Outro, com efeito, não pode ser encarnado. Por isso, acrescenta o autor, é como impostor que se apresenta para suprir o seu lugar aquele que pretende erigir a Lei.<sup>44</sup>

As montagens jurídicas próprias à tradição romano-medieval desconsideram, no entanto, esse fato, ao enfatizarem uma representação peculiar de uma *autoridade* incontestada cujo princípio, segundo Pierre Legendre, está feito para preencher o vazio cruel no qual os seres humanos se encontram enquanto sujeitos vivos para quem a vida é dilaceradora.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> FREUD, *O mal-estar na civilização*, op. cit., p. 361.

<sup>44</sup> LACAN, Jacques. *O seminário – os escritos técnicos de Freud*. Livro 1. 3 ed. Trad. Beth Milan. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986. p. 61/63.

<sup>45</sup> LEGENDRE, Pierre. La crisis del juridismo. In: MARÍ. Enrique (org). *Derecho y psicoanálisis*. Buenos Aires: Hachette, 1987. p. 48.

Assim, as imposições desse legado que apostou, ao longo dos séculos, na obturação imaginária dos sujeitos necessitam ser transpostas, para se redimensionarem as possibilidades da legalidade humana através de uma outra via de acesso que escape das modalidades recorrentes de resignificação do pai encarnado – formação ilusória da autosuficiência que está sempre pronta para entrar em cena e se oferecer aos indivíduos como condição de apaziguamento do incômodo mal-estar decorrente do desamparo humano.

Para além do pai é possível pensar a Lei? A leitura cruzada entre direito e psicanálise aponta um percurso diferente dessa *via régia* percorrida pelos discursos jurídicos a partir da tradição romano-medieval e indica uma outra possibilidade de pensar o laço social e os seus limites simbólicos que contempla a especificidade dos sujeitos inconscientes, não para mantê-los em estado de subserviência ao pai e à lei posta em seu nome, mas para que eles possam resgatar o valor da sublimação – uma forma peculiar de satisfação que coloca em jogo o próprio *furo do real*, o signo do vazio estrutural a partir do qual é possível pensar a criação.<sup>46</sup>

Nessa perspectiva, o que se enfatiza é uma possibilidade de o sujeito atravessar as representações imaginárias – que o compelem à procura de uma totalidade e de um termo de garantia impossíveis – para que ele possa conciliar-se com o seu limite derradeiro – a falta estrutural – através de um ato criador. A sublimação, esclarece Lacan, representa o vazio – “...precisamente pelo fato de ela não poder ser representada por outra coisa – ou, mais exatamente, de ela não poder ser representada senão por outra coisa -”<sup>47</sup> no qual a idéia de um proprietário exclusivo de toda a intenção criadora se dissolve, cedendo lugar à responsabilidade do sujeito pelo seu desejo e por suas criações. A compreensão de que o homem cria a partir de um vazio permite considerar a possibilidade de superação da concepção – sempre renovada no ocidente – da lei como um mandato de uma entidade transcendente que contém os mistérios sobre a vida, o homem e o mundo.

Como sujeito inconsciente, o ser humano é sempre responsável por bem dizer o seu desejo. Essa é a transposição operada pela ética da psicanálise ao explicitar o desconhecimento do ser desejante acerca das suas fatalidades eróticas – uma questão que o pensamento jurídico forjado a partir da tradição romano-medieval procurou negar – que aponta para o real – e, nessa via, indica uma conversão possível da sujeição dos homens aos mandatos do Um, em responsabilidade do sujeito para esvaziar o gozo do Outro de toda sua boa ou má vontade e, nesse percurso criar – sem a proteção Dele – uma outra lei que permita (quem sabe?) uma “... fraternidade discreta.”<sup>48</sup>

<sup>46</sup> LACAN, Jacques. *O seminário – a ética da psicanálise*. Livro 7. Trad. Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988. p. 163.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> LACAN, Jacques. *Escritos*. 17 ed. Trad. Armando Suárez. México: Siglo Veintuno, 1993. p. 116.

## DIREITO, EPISTEMOLOGIA E NEOLIBERALISMO\*

Plauto Faraco de Azevedo\*\*

Epistemologia “designa a filosofia da ciência, mas com um sentido mais preciso... é essencialmente o estudo crítico dos princípios, das hipóteses e dos resultados das diversas ciências, destinado a determinar sua origem lógica (não psicológica), seu valor e seu alcance objetivo”. Distingue-se da teoria do conhecimento “apesar de que seja a introdução e o auxiliar indispensável desta, tendo em vista que estuda o conhecimento em detalhe e *a posteriori* na diversidade da ciência e dos objetos antes que na unidade do espírito”.<sup>1</sup>

Observa Lalande que a palavra inglesa *epistemology* é, muita frequência, empregada (contrariamente a etimologia) para designar aquilo que em francês se denomina ‘teoria do conhecimento’ ou ‘gnoseologia’. Em francês “não deveria falar-se corretamente senão da filosofia das ciências tal como é definida no artigo acima, e da história filosófica das ciências.” A influência do inglês e o progressivo desconhecimento da língua grega conduzem a esta indistinção, o que também sucede em italiano.<sup>2</sup> Em resumo, pois, para Lalande a epistemologia é “o estudo crítico dos princípios, hipóteses e resultados das diversas ciências.”

No que toca à relação da epistemologia e ciências do homem; deve-se dizer que é, mais judicioso de um lado, “não limitar a epistemologia à análise da linguagem científica, o que é uma concepção fecunda embora estreita e parcial. E admitir que ela compreende um campo mais largo de investigações, em cujo primeiro lugar encontram-se as que se referem à construção progressiva da ciência, ao nascimento e ao desenvolvimento do espírito científico, investigações para as quais é indispensável recorrer-se às ciências do homem”, o que não importa em classificar a epistemologia entre as ciências do homem. “Os epistemólogos norte-americanos apelam, geralmente em suas análises aos recursos da linguagem formal”, enquanto que os “epistemólogos europeus apelam, com frequência, aos recursos das ciências do homem”. Não se pode, todavia, nem colocar a epistemologia entre as ciências formais nem entre as ciências do homem.<sup>3</sup>

\* Texto ampliado, tendo por base palestra proferida no dia 03-11-2000, no “Congresso Internacional de Ética e Cidadania”, realizado em Curitiba, de 31 de outubro a 04 de novembro de 2000.

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Católica de Louvain, Ex-Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da UFRGS, Professor Titular do Curso de Pós-Graduação-Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA).

<sup>1</sup> LALANDE, André. *Vocabulaires technique et critique de la philosophie*. 10.éd. rev. aug. Paris: Presses universitaires de France, 1968. p. 293.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 293-4.

<sup>3</sup> BLANCHET, Robert *L'épistemologie*. Paris: Presses universitaires de France, 1972. p. 31.

O que torna a epistemologia assunto difícil é a circunstância de estender-se continuamente “entre as teorias do conhecimento com vastos horizontes e as especulações metacientíficas mais especializadas.”<sup>4</sup>

Os problemas de epistemologia abrangem aqueles de caráter geral, “abarcando a totalidade das ciências, e aqueles que são próprios a um só grupo, mais ou menos, extenso de ciências ou à uma única ciência, ou a um só ramo de uma ciência”. Explica-se a existência da epistemologia tendo em vista “a pluralidade das ciências, sua incessante proliferação, com a as suas interpenetrações e uniões”, razão por que o douto não se pode contentar com a pura dispersão, sem colocar-se questões de coordenação. Ligado ao problema da coordenação das ciências acha-se aquele das relações entre os dois grandes grupos em que se dividem as ciências, admitindo-se, de modo geral, a sua divisão em ciências formais, lógica e matemáticas, de uma parte, e as ciências do real, de outra parte. Dentre os exemplos mais tradicionais de epistemologia geral encontram-se aqueles

“que concernem à análise de certas noções comuns a todas as ciências, ou à maioria delas. O matemático, o físico, o naturalista, o lexicógrafo fazem igualmente o uso de definições: é suficiente para aí entender-se, distinguir, como fazia Aristóteles, entre as definições de coisas e as definições de nome, ou, como fazia Liard, entre as definições geométricas e as definições empíricas? A probabilidade é, para o matemático objeto de um cálculo; o físico sabe que seus métodos não conduzem senão a probabilidades e habituou-se, finalmente, a olhar todas as suas leis como prováveis; o historiador se interroga sobre a probabilidade dos testemunhos: trata-se sempre de uma mesma probabilidade, segundo as diversas ciências, ou mesmo no interior de cada uma delas, e, ainda, como estes diferentes sentidos se organizam entre eles?”

Se as ciências são diversas, “certas exigências comuns caracterizam o espírito científico em geral: uma, que aproxima o sábio do filósofo é a exigência de inteligibilidade; a outra, que o aproxima do engenheiro é a exigência de positividade, isto é, da possibilidade de um controle intersubjetivo”.<sup>5</sup>

No que toca às ciências da vida e às ciências do homem, aparecem “conceitos fundamentais que são completamente estrangeiros àqueles da física, e aparentemente irreduzíveis a eles. Não se trata mais tão-só de leis abstratas, mas de seres; a consideração dos fatos ajunta-se, agora, aquela dos valores... eles contém noções como as de tendência, de função, de sucesso e fracasso, de normal e de patológico, etc. Todas estas noções gravitando em torno daquela de finalidade”. Outra questão relevante que se põe, neste campo das ciências do homem é a de saber se se deve, nele, substituir a explicação pela compreensão? E, ainda, “em que medida, e sob que forma, a aplicação do instrumento matemático é possível e desejável?”<sup>6</sup>

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 48-9.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 53-4.

Explicitadas estas idéias relativas ao significado e função da epistemologia, trata-se de saber se há, hoje, um câmbio epistemológico, introduzido pelo neoliberalismo, de modo a substituir “a noção epistemológica de causa e efeito pela de ação eficiente” que, deificando o mercado, glorifica o consumidor (*homo economicus*), em substituição ao *homo faber*.<sup>7</sup> Não há como responder esta indagação sem atentar ao contexto histórico em que se teria originado e àquele ao qual se aplicaria.

Para isto, tem-se que remontar, ainda que brevemente, ao liberalismo. As origens deste vêm de longa data, começando a esboçar-se com o Renascimento (séculos XV e XVI) que exprimiu uma volta do ser humano sobre si mesmo projetada em sua realização terrena, espraiando-se sua ação para além do mundo então conhecido, impulsionada por novas técnicas, que permitiram a expansão do comércio e o alargamento da vida. Para que isto fosse possível, fazia-se necessário um novo tecido político-jurídico em que se garantisse uma esfera de livre ação ao indivíduo, onde pudesse desenvolver suas potencialidades pessoais. Esta realização já se vinha fazendo, de modo paulatino, como o demonstra a progressiva construção das liberdades inglesas. Seu primeiro passo evidencia-se com a carta de João Sem Terra (1215), em que se ratificava o antigo instituto de *habeas corpus*, ao mesmo tempo em que se assegurava a propriedade privada e a liberdade de comércio e se reconhecia na justiça, enquanto instituição, uma função de interesse público. Posteriormente, a lei de *habeas corpus* de 1679 veio corroborar, tais garantias, como se depreende de sua denominação:

“uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar, confirmando o antigo brocardo inglês, segundo o qual *remedies preceed rights* e evidenciando as origens processuais da *common law*. O *Bill of Rights*, de 1689, veio pôr fim ao regime de monarquia absoluta, visto que os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca mas entram na esfera de competência do Parlamento”.<sup>8</sup>

Já a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte, em 1776, e a sua constituição em Estado Federal, em 1787 “representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito ao direitos humanos”.<sup>9</sup> Por outra parte, e complementarmente a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, de cunho universalizante e de efeitos projetados muito além do território francês, constitui a enunciação concisa e insuperável do credo político liberal, estabelecendo que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, não podendo as distinções sociais “ser fundadas senão na utilidade comum”

<sup>7</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson. Texto apresentado no VII Encontro Internacional de Direito da América do Sul, realizado em Florianópolis, Santa Catarina, de 6 a 8 de maio de 1998.

<sup>8</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 57-82.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 83.

(artigo 1º). E “a finalidade de cada associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (artigo 2º).<sup>10</sup>

É o liberalismo “uma doutrina da boa consciência”, traduzindo a crença na perfectibilidade do homem e, em consequência, do progresso, de modo geral. Todavia sua conhecida divisa *laissez-faire, laissez-passez*, traduzindo a tolerância de que Voltaire se fez arauto, deixou livre o jogo econômico preocupada que estava, fundamentalmente, com os direitos humanos por oposição ao Estado, vistos em perspectiva oposta ao Estado potencialmente opressor. Assim aberto e liberado o caminho, a burguesia, que ascendeu ao poder com a Revolução Francesa, desenvolveu suas aspirações econômicas, tendo à mão as rédeas do poder. Liberaram-se as forças para a Revolução Industrial, cujo berço foi a Inglaterra, produzindo-se acumulação da riqueza ao mesmo tempo em que o cochilo do Estado-gendarme o tornava indiferente às contingências sociais. A classe proletária pauperizava-se de modo crescente, a tal ponto que as próprias nações industriais vieram a preocupar-se com os seus efeitos, determinando estudos sobre a situação. Em consequência foram elaboradas as primeiras normas “de tipo assistencial, geralmente isoladas, tendo por finalidade proteger os menores de idade e diminuir a jornada de trabalho”. Na Inglaterra, em 1814, os salários eram, então, de fome, sendo a jornada de trabalho de 15 a 16 horas diárias, não havendo higiene mínima nas fábricas e nem ajuda nos casos de acidente no trabalho. Demais as habitações dos trabalhadores eram miseráveis. O mesmo se constatava na Prússia em 1828 e, na França, nesta mesma época. As preocupações estatais eram, no entanto, freadas pelo temor dos empresários de criar condições menos favoráveis em relação aos demais levando à incapacidade de enfrentar a concorrência no mercado.<sup>11</sup> O Estado, contraditoriamente, intervinha “para evitar a organização dos trabalhadores e suas demandas de condições humanas de prestação de trabalho”.<sup>12</sup>

Esta situação não faria senão agravar-se, nutrida pelo antagonismo social estimulado pela desigualdade crescente na partição da riqueza. O próprio Código Civil francês, de 1804, consagrador, no plano privado das liberdades burguesas – liberdade de comércio, propriedade privada, autonomia da vontade, livre circulação da riqueza e sua transmissibilidade por herança – começava a mostrar suas lacunas e debilidades, embora mantido, em parte, intocável, graças ao ensino jurídico exegético, restrito e restritivo. As fraturas sociais subjacentes à elaboração política e jurídica faziam-se sentir de modo dramático, evidenciado por duas grandes guerras mundiais com o *intermezzo* da quebra da Bolsa de Nova York, em 1929.

<sup>10</sup> DUVERGER, Maurice. *Constitutions et documents politiques*. 4e.éd. mise à jour Paris: Presses Universitaires de France, 1966. pp. 3-4.

<sup>11</sup> CUEVA, Mario de la. *Derecho mexicano del trabajo*. 12.ed. Mexico: Porrúa, 1970. t. 1, p. 23.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 24-6.

Tendo em vista estas circunstâncias e o que, agora, tende a ser esquecido, isto é, a instauração do regime bolchevique com a Revolução Russa de 1917, e do temor que inspirava a sua realização, que parecia em vias de concretizar-se na Europa e, além dela, foi tomando corpo o Estado social, sobretudo a partir de 1920.<sup>13</sup>

Antes disto, porém, houve o entreato nazista e fascista, o primeiro tendo como uma de suas causas a situação sem saída, em que o Tratado de Versalhes colocava a Alemanha, despojando-a da utilização de suas riquezas, privando-a de parte muito rica de seu território, tudo visando aniquilá-la como estado e como nação. Compreende-se que, em tais condições, as certezas se desvanecessem, em meio à crise econômica e à ausência de futuro, dando lugar ao surgimento da figura do *Führer*, corporificada em Hitler, cujas idéias eram conhecidas e publicadas com todas as letras em *Mein Kampf* (Minha Luta). Apesar disto e do cinismo de Hitler, aliado ao evidente rearmamento da Alemanha, os líderes ocidentais contemporizaram, esperando que o nazismo viesse a chocar-se com o comunismo. Desta estratégia, como se sabe, o tiro saiu-lhes pela culatra desembocando na 2ª Guerra Mundial.

O mais dramático é que dentro do receituário da economia liberal, não havia solução que parecesse capaz de resolver tal estado de coisas. É neste contexto que surge a figura de John Maynard Keynes (1883-1946), cuja obra e atuação viriam a salvar o *establihsment*.<sup>14</sup> Seu livro, de 1936, *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda* foi a obra econômica mais lida por cerca de quatro décadas.<sup>15</sup> Keynes tinha a convicção de que “a lógica determinista tem pouco a ver com a ação humana, que é impulsionada, em boa parte por motivos irracionais.”<sup>16</sup> Figura de destaque nas negociações que marcaram o fim da 1ª Guerra Mundial, Keynes discordou das reparações impostas à Alemanha pelo Tratado de Versalhes. Colocando suas observações sobre este acontecimento no livro *As conseqüências econômicas da paz*, publicado em 1919. Doravante, passa a elaborar sua teoria econômica publicando, em 1926, *O fim do laissez-faire*, onde “denuncia enfaticamente o que, então, denomina ‘princípio de difusão’, a crença no mito do ajustamento automático dos preços e quantidades”. Discordava ser possível deduzir dos princípios da economia política “que o interesse pessoal devidamente esclarecido, sempre atua em favor do interesse geral”. A parábola da mão invisível de Adam Smith, sobre não ser verdadeira, torna-se “uma ilusão perigosa quando se transforma em visão política”, podendo desembocar no bolchevismo ou no fascismo. “A busca de políticas conservadoras, fundadas sobre as ilusões do laissez-faire, prepara o leito da revolução”, o que Keynes quis evitar.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX: 1914-1991* (Age of extremes. The short twentieth century: 1914-1991) Trad. por Marco Santarrita, rev. técnica por Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. pp.61-90, passim.

<sup>14</sup> HOBBSBAWN, *op. cit.*, pp. 90-100.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 107, 111.

<sup>16</sup> BEAUD, Michel & DOSTALER, Gilles. *La pensée économique depuis Keynes. Historique et dictionnaire des principaux auteurs*. Paris: Seuil, 1993. p. 34.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 35, nota 2, p. 36.

Neste contexto histórico, as idéias deste pensador foram fundamentais para que o estado liberal se fosse transformando intervindo progressivamente na economia até que se convertesse no Estado Social ou *Welfare State*. O intervencionismo estatal foi gerando mecanismos institucionais destinados à proteção dos menos aquinhoados, protegendo-os no trabalho e na velhice, assegurando-lhes a saúde, realizando, em suma, obra de justiça distributiva no melhor sentido do termo advindo de Aristóteles, culminando na Social Democracia europeia, que constituiu a maior realização político-jurídica da história humana.

Esta modificação, por que passou o estado caracteriza a ultrapassagem do modelo estatal liberal – eminentemente conservador, servindo à manutenção do *statu quo*, para outro de cunho social, preocupado com a propriedade (sem absolutizá-la) sem o otimismo do modelo anterior para com o livre funcionamento das forças socioeconômicas. Sem negar as conquistas do liberalismo político, o Estado Social veio a agregar-lhes a realização dos direitos sociais indispensáveis à efetividade das primeiras.<sup>18</sup>

É evidente que a experiência do *Welfare State* no Terceiro Mundo, em que se contam grande parte dos países da Ásia, África, América Central e do Sul ficou longe de ser concluída. Nestes países, há uma nítida contradição entre o quadro social real e os textos das leis e da Constituição. “Há um fosso difícil de ser preenchido entre a norma jurídica e o quadro social, entre o país legal e o país real”.<sup>19</sup> Como muito a propósito lembra José Eduardo Faria, “muitas das lutas políticas e dos impasses institucionais nesse continente (América Latina) não passam de esforços e tentativas quase sempre frustradas para tornar real o que as constituições de seus respectivos países asseguram formalmente ser direito dos cidadãos, mas que se tornaram, na realidade, privilégios de alguns setores sociais”.<sup>20</sup> Esta desconformidade aliada à globalização neoliberal, de característica marcadamente financeira, tem feito com que o quadro social brasileiro venha se deteriorando progressivamente aumentando o número dos pobres ou miseráveis relativamente ao dos ricos ou muito ricos em constante ascensão. Em conseqüência, como já advertia Platão, na *República*, aludindo à oligarquia: “é necessário que uma cidade assim não seja una, mas dupla, a dos pobres e a dos ricos, que habitam o mesmo solo e conspiram incessantemente uns contra os outros”. Tal situação é inevitável: “do contrário, uns não estariam aí ricos em excesso, e outros em completa miséria”. Medram, na oligarquia “muitos malfeitores providos de ferrões, que as autoridades deliberadamente contêm pela força”, engendrados que são pela “ignorância, a má educação e a forma de governo”.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 31 e segs. Cf. COUTO E SILVA, Almiro. *Le contrôle juridictionnel de l'Etat au Brésil* (Cours fait à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de St. Maur. Paris XII) Porto Alegre, 1988, p. 7.

<sup>19</sup> COUTO E SILVA, Almiro. *Le contrôle juridictionnel de l'Etat au Brésil*, p. 7.

<sup>20</sup> FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito (Os Juízes em face dos novos movimentos sociais)* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 107.

<sup>21</sup> PLATON. *La république*. In: *Oeuvres complètes*. Trad. nouv. Et notes par Léon Robin avec la collaboration de M. J. Moreau s.l., Gallimard, 1950. v. 1. 544d e 545a, pp. 1140-1; trad. port., v. 2, pp. 146-7. 551d, p.1150; trad. port., pp. 155-6.

Em consonância com o Estado social o direito positivo foi modificando conceitos e princípios, atenuando o individualismo liberal, o que se verificou não só na sua elaboração legislativa como também na reflexão levada a efeito pela Ciência do Direito e na sua aplicação jurisdicional, buscando uma perspectiva mais solidária. É o que sobressai das considerações de Wieacker, observando a modificação que sofrera o direito privado, tal como concebido pela Pandectística. “O *pathos* político e o *ethos* econômico da antiga sociedade burguesa foram desaparecendo cada vez mais. Estes já não bastavam para a legitimação da ordem jurídica perante a consciência social. O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade”. Neste texto, de 1967, este insígne historiador do direito privado ajunta que a aplicação do direito, no que concerne a figuras típicas do Direito Privado, tornou-se sensível aos interesses sociais, já não sendo a liberdade “apenas limitada pela liberdade dos outros particulares, mas também pelos reflexos da solidariedade social nas relações intersubjetivas entre os sujeitos de direito”.<sup>22</sup> Efetivamente a ciência jurídica e a jurisprudência alemãs caminharam resolutamente na direção reclamada por François GénY, ao escrever que fazia-se sentir a introdução, no direito positivo, de “mais fraternidade profunda” ou de “maior solidariedade social” a fim de assegurar “uma repartição dos ganhos mais exatamente proporcionada aos esforços de cada um”, atenuando os rigores excessivos do direito individual, tendo em vista o interesse social comum.<sup>23</sup>

No mesmo sentido caminharam a doutrina e a jurisprudência francesas, estabelecendo limitações ao direito de propriedade e ao poder de contratar, no direito privado, e concebendo a atividade estatal em termos de serviço público ou de interesse geral, no direito público. Por obra da jurisprudência estabeleceu-se uma nova ética no direito, buscando ultrapassar a cisão indivíduo-sociedade, no sentido de uma “construção comunitária da vida social”...<sup>24</sup> No mesmo sentido caminhou, a passos mais lentos, o direito brasileiro. Mas no Brasil, como no Terceiro Mundo de modo geral, este caminho não pode ser completado. Sucedeu que a tendência, nitidamente conservadora do *statu quo*, expressa pelos juristas, de modo geral, vieram somar-se os rumos tomados pela história, cujo traço mais saliente foi a queda do Muro de Berlim, em 1989, seguida pela desintegração da União Soviética. Não sendo aqui o momento de examinar suas causas eficientes internas, releva ouvir as idéias de Friedrich Hayek (1899-1992) e de Milton Friedman esboçadas, em 1947, à ocasião da fundação

<sup>22</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno* (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung) Trad. por A. M. Botelho Hespanha. 2.ed. ver. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 718.

<sup>23</sup> GÉNY, François. *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*. Préf. par Raymond Saleilles. 2.éd. rev. et mise au courant. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1954. v. 2, p. 225.

<sup>24</sup> BELAÏD, Sadok. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. pp. 255-6.

da Société du mont Pélerin. Tais idéias foram consideradas risíveis, permanecendo em longo purgatório, até que, com o governo Thatcher instalado na Inglaterra, em 1979, e com o governo Reagan iniciado nos Estados Unidos em 1980, tiveram ocasião de tornar-se audíveis e ganhar ressonância social crescente. Haviam, no entanto, começado a prosperar com a profunda recessão iniciada em 1973. Hayek e seus partidários entendiam que as raízes da crise se achavam “no poder excessivo dos sindicatos e, de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases da acumulação capitalista com suas pressões reivindicatórias sobre os salários e sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais”. Fazia-se necessário romper o poder dos sindicatos, estabelecendo do a parcimônia nos gastos sociais e na intervenção econômica na busca da meta fundamental – a estabilidade monetária. Para o que era mister “disciplina orçamentária e a restauração da ‘taxa natural’ de desemprego ou seja a contenção dos gastos com bem estar e a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos”. Corolários desta política deveriam ser “reduções de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas. Desta forma uma nova e saudável desigualdade iria voltar e dinamizar as economias avançadas”.<sup>25</sup> Delineou-se, neste movimento de idéias um entendimento da realidade, que haveria de, depois de longa e desesperançada gestação, impor-se rápida e decisivamente no processo histórico atual. Alardeando traduzir a modernidade e exprimir o “fim da história”, instalava-se o “pensamento único”, como veio a denominá-lo Ignacio Ramonet, em sucessivos editoriais no *Le Monde Diplomatique*. Pretende-se, assim, por a pá de cal no movimento constitucional instaurador dos direitos fundamentais de segunda geração, econômicos e sociais, corporificadores da Social Democracia, delineados a partir da Constituição de Weimar, de 1919. A instauração do neoliberalismo, não constitui nenhum progresso, mas, ao contrário, uma volta ao século XIX, sem a preocupação teórica do liberalismo com os direitos e liberdades fundamentais de 1ª geração, uma vez que estes de pouco servem sem a efetividade dos primeiros como é de elementar bom senso. Como bem diz Ralph Dahrendorf, há indiferença relativamente àqueles que são progressivamente excluídos do circuito econômico.<sup>26</sup> Tudo é pensado a curto prazo na busca do ganho imediato no menor tempo possível, sem consideração à dignidade humana. Nessa modernidade novecentista, impera a lógica econômico-financeira, a margem da ética e indiferente à finitude dos recursos planetários indispensáveis à vida. Impera o mercado, que se quer sem peias. Destroem-se os serviços públicos. Privatizam-se bens estatais ao menor preço possível, aludindo-se à hipotética criação de alguns empregos. No Brasil, ataca-se a Constituição de 1998, erodindo-se suas bases na ânsia de “flexibilizar” direitos sociais, tornando-se o trabalho precário e a pessoa do trabalhador descartável.

<sup>25</sup> ANDERSON, Perry. *Balanco do neoliberalismo*. In: Sader, Emir & Gentili, Pablo, org. Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. pp.10-11.

<sup>26</sup> DAHRENDORF, Ralph. *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica* (Economic opportunity, civil society, and political liberty) Trad. per Rodolfo Rini. Roma-Bari: Laterza, 1995. p. 49.

Sucateam-se os serviços de saúde e previdência, com a cumplicidade da grande imprensa escrita e da mídia televisiva comprometidas e sustentadas pela publicidade estatal. E tudo isto com ares de cientificidade e discurso abstruso de economistas de visão míope, sob a batuta do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, os quais, para salvar as aparências, deram para falar em fins sociais de suas políticas, ao mesmo tempo em que insistem na execução draconiana de suas políticas impositivas.

Não resta dúvida que, no Estado liberal, as forças econômicas não deixaram de pressionar o Estado. Contudo havia o freio da ameaça socialista, depois convertida em “socialismo real”. No mundo unipolar de hoje, não há resistência a este tipo de visão, que afirma a imprensa é necessário, pois radica na natureza das coisas. A livre empresa faz-se substituir pelo Estado, levando-o a investir em seu lugar, enquanto o faz proclamar não ter recursos para as obras de cunho social, quotidianamente, o neoliberalismo é louvado pelos intelectuais do *stablishment*, apoiada naquilo que se denomina ciência econômica, urdida notadamente nos Estados Unidos e na Inglaterra, donde é transmitida dogmaticamente para o Terceiro Mundo, onde se concentra a pilhagem. Sua característica fundamental é a abstração, concentrada que está no equilíbrio orçamentário a qualquer preço, na desregulamentação e abertura indiscriminada dos mercados, – exceção feita aos dos países centrais –, de modo a liberar as energias e autoregulamentação do mercado. Tal pretensa ciência não admite alternativa, consagrando a competição entre os desiguais, de tal forma que a vitória, ao menos contingente, já está prédeterminada. Que tal situação configure “um novo *apartheid* social”, pouco importa.<sup>27</sup> O neoliberalismo “faz voltar, sob a aparência de uma mensagem muito elegante e moderna, as mais velhas idéias do mais arcaico patronato”. Como sempre, as revoluções conservadoras, como a dos anos 30 na Alemanha, a de Thatcher, de Reagan “apresentam as restaurações como revoluções”. A revolução conservadora de hoje “pretende fundar-se no progresso, na razão, na ciência (econômica, no caso), para justificar a restauração, tentando, assim, enganosamente, situar no arcaísmo o pensamento e a ação progressistas”. Glorifica-se a lei do mercado, isto é a lei dos mais fortes, e ratifica-se o reino dos mercados financeiros.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> LOPEZ, Robert. Un nouvel apartheid social. Hautes murailles pour villes des riches. *Le Monde Diplomatique*. Paris, mars 1996. N. 504, pp. 1-12. No Brasil Alphaville foi precursora no estabelecimento do “fosso social” nas ruas do Morumbi. CARELLI, Wagner. “Pequeno tratado do malcriado brasileiro”. *Carta Capital* (TAM), São Paulo 15 pp:13-25, out. 1995. Na Bahia, isolam-se quatro favelas de Salvador por um muro de quase cinco quilômetros de extensão e sete metros de altura, alegando-se, é claro, motivos de ordem técnica e de “proteção” dos moradores. Muro serve para isolar 10 mil favelados. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 out. 2000. *Folha* cotidiano, p. C 1. Fecha-se assim o cerco: gradeiam-se as casas, circunscreve-se a consciência, mura-se a favela, de modo a esfumar-se a dramática realidade.

<sup>28</sup> BOURDIEU, Pierre. “Le mythe de la “mondialisation” et l’État social européen”. In: \_\_ *Contre-feux*. Paris: Raisons d’ Agir, 1998. p. 40.

O grande arauto desta teodicéia do mercado é Hayek, que dedicou a vida a defendê-la, atacando o direito, o Estado intervencionista, que afirmava ser a causa de todos os males econômicos. Suas idéias foram desenvolvidas por oposição à doutrina de Keynes. Enquanto este pregava o crescimento da massa monetária para estimular os investimentos, este vem pregar austeridade e disciplina monetária. Desde os anos 30 Hayek começa uma cruzada contra o socialismo, e “o que ele chama o planismo e o racionalismo coletivista. Apoiá suas idéias em duas idéias-força: o conceito de ordem espontânea e a noção de divisão do conhecimento. Dentre as ordens espontâneas enumeram-se “as principais instituições sociais, tais como o mercado, a moeda, a linguagem e a moral. Ninguém os construiu conscientemente. O erro dos racionalistas construtivistas, desde Descartes e Rousseau até seus discípulos modernos, socialistas, socialdemocratas e mesmo liberais, no sentido americano do termo, consiste em crer que estas ordens são artificiais e podem portanto ser construídas e reconstruídas”. Esta concepção constitui uma ameaça para a civilização. Por outra parte, toda sociedade se caracteriza pela fragmentação e dispersão dos conhecimentos, tanto de natureza prática como teórica entre milhões de indivíduos. Como explicar que “uma ordem possa nascer dessa difusão e dessa dispersão” o que a permite é o mercado, que, como a linguagem é produzido no desenvolvimento das sociedades humanas. Nenhum cérebro, por mais poderoso que seja pode conseguí-lo. A planificação é, portanto, impossível. A vontade de a impor só pode conduzir ao ‘caminho da servidão’. Tal é o destino último de todo intervencionismo”.<sup>29</sup>

Entende Hayek que a defesa da liberdade deve ser dogmática, devendo ser aceita “como um princípio geral, cuja aplicação a casos particulares não requer justificativa alguma”. Demais faltou aos liberais do século XIX “a adoção de princípios categóricos para defendê-la”. Um sistema ‘livre’ não pode ser designado nem pelo termo capitalismo nem pela expressão *laissez-faire*. Para que se tenha a “coragem necessária” para ousar a utopia da liberdade é necessário um “*insight* metodológico de que, no tocante às ordens espontâneas complexas, só seremos capazes de determinar os princípios gerais de seu funcionamento, não podendo prever as modificações particulares que resultarão de qualquer ocorrência no ambiente”, do que decorrerão consequências profundas relativamente à política governamental. Daí decorre que o equilíbrio ou a estabilidade eventualmente perturbados serão sanados através da ordem espontânea das coisas. Se não se atenta a este princípio metodológico que, “muitas vezes gera pânico e a reivindicação de que o governo intervenha para restabelecer o equilíbrio perturbado”, incorre-se em erro fatal. Demais a necessidade de adaptação a eventos imprevistos implicará sempre algum sofrimento, a frustração de algumas expectativas”, o que determina a reivindicação de que a autoridade decida, na prática. “A mais proveitosa contribuição da ciência à orientação política consiste numa compreensão da natureza geral da ordem espontânea, e não, em qualquer conhecimento

<sup>29</sup> BEAUD, Michel & DOSTALLER, Gilles. *op. cit.*, pp. 343-4.

dos detalhes de uma situação concreta, que a ciência não tem nem pode prever”. Há um erro no método científico:

“a suposição de que a ciência consiste numa coleção de fatos particulares observados, o que é errôneo no que diz respeito à ciência em geral, mas duplamente enganoso quando temos que considerar as partes de uma ordem espontânea complexa... A única teoria que pode reivindicar um status científico neste campo é a teoria da ordem global; e esta (embora, é claro, deva ser testada em face dos fatos) nunca pode ser elaborada indutivamente pela observação, mas só através da construção de modelos mentais constituídos a partir dos elementos observáveis”.<sup>30</sup>

Na utopia às avessas de Hayek, releva sublinhar o papel a ser desempenhado pelo profissional do direito. Preliminarmente, “quer ele aja como juiz quer como redator de um estatuto, a estrutura de concepções gerais em que devemos inserir sua decisão lhe foi legada, e sua tarefa é aplicar estes princípios gerais do direito, (e) não questioná-los”.<sup>31</sup> Como se vê, a posição de princípio de Hayek é positivista, embora, como se verá, a seguir, ele venha a negá-la. Hayek vê, na legislação elaborada por obra do intervencionismo estatal, o desvirtuamento do direito que, a seguir, por tal via, deixaria de salvaguardar a liberdade individual, que estaria, assim, fadada a desaparecer. Os profissionais do direito “já se tornaram em muitos setores os instrumentos não de princípios de justiça, mas de um aparelho em que o indivíduo é levado a servir aos fins de seus governantes”, levando o ordenamento jurídico a transformar-se “num sistema de normas organizacionais”. Tais modificações são sempre atribuídas a “supostas necessidades econômicas”... O fato de ‘todas as democracias modernas’ terem adotado determinadas medidas é citado como prova do bom senso ou da necessidade destas modificações... Mas, quase sem exceção, essas explicações fundamentam-se na *fable convenue* de que a livre iniciativa tenha atuado em detrimento dos operários e alegam que ‘o capitalismo em seus primórdios’ ou o ‘liberalismo’, provocou um rebaixamento da classe trabalhadora. A lenda, embora totalmente falsa, tornou-se parte do folclore de nossa época”.<sup>32</sup>

Citando Hume, Hayek salienta o papel ideológico na configuração da opinião, que se revela mais importante do que o interesse e todas as questões humanas, uma vez que acaba por determinar a sua compreensão. Sobre a ideologia diz, ainda, com acerto, que ela tem “sobre o que dela se crêem livres, um poder até maior que sobre aqueles que a adotam conscientemente”. Ainda, com correção, afirma que o poder da ideologia situa-se, em grande parte, no simplismo de suas afirmações, o que faz com que incidam em erro não só o homem comum como os especialistas em setores específicos.

<sup>30</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política* (Law, Legislation and Liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy) Trad. pelo Instituto Liberal. Apresentação de Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985. V. I: Normas e ordem, pp. 68-72.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 73. O grifo é nosso.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 75-6. O grifo é nosso.

À primeira vista, sua concepção parece ser semelhante à de Marx, mas à diferença entre os dois pensamentos ressalta da referência a G. Mazzini, que cita sem designar a respectiva fonte. Segundo este “as idéias regem o mundo e seus eventos. Uma revolução é a passagem de uma idéia da teoria à prática. Digam os homens o que disserem, os interesses materiais jamais causaram e jamais causarão uma revolução”.<sup>33</sup> Tanto basta para que se perceba que Hayek, neste ponto, é idealista visto que nega a importância dos interesses materiais na dinâmica social, onde estes se entrecruzam inextricavelmente com as idéias, entretecendo a história humana.

Esta ideologia, paradoxalmente, deriva, não de mentes perversas, mas de idealistas magnânimos. Parecia-lhe que, apesar do colapso dos regimes totalitários no Ocidente, suas idéias continuavam a ganhar terreno na esfera teórica. Tão certo estava disto que atribui o totalitarismo nazista tão-só às concepções filosóficas que o teriam produzido, ignorando ou menosprezando todos os demais componentes econômicos e políticos que, a partir do Tratado de Versalhes até a personalidade de Hitler, contribuíram para produzi-los. Entendia que tais concepções filosóficas haviam feito “um mero recuo para a esfera abstrata”, ocultando-se “no coração de sérios e respeitadores pensadores”.

Por tudo, o direito deve ser unicamente um conjunto de normas abstratas, “que possibilitem a formação de uma ordem espontânea pela livre ação dos indivíduos mediante a limitação do âmbito de suas ações”, e não “o instrumento de ordenação intencional ou organização pelo qual o indivíduo é compelido a servir a objetivos concretos”.<sup>34</sup> Sendo o direito muito mais antigo do que a legislação, a idéia de que aquele só pode realizar-se através desta é errônea, não tendo surgido antes da era clássica grega, tendo posteriormente desaparecido, ressurgindo no fim da Idade Média. A idéia de “que toda lei é e pode ser produto da livre invenção de um legislador, essa idéia é factualmente falsa”, sendo um produto do racionalismo construtivista. Neste ponto, Hayek, que, antes, havia implicitamente aceito o positivismo, agora o critica, afirmando que vem dele a concepção que atribui “toda lei à vontade de um legislador”, constituindo “um retrocesso àquelas teorias, segundo as quais as instituições humanas resultam de um plano”.<sup>35</sup>

Quanto à atividade do juiz, entende que deva restringir-se ao âmbito de uma ordem espontânea, constituindo seus esforços “parte daquele processo de adaptação da sociedade às circunstâncias pelas quais a ordem espontânea se desenvolve”. No desempenho desta função, mesmo quando

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 77, nota 17, p. 78.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 78-9.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 81-4.

“cria novas normas, ele não é o criador de uma nova ordem, mas um servidor empenhado em manter e aperfeiçoar o funcionamento de uma ordem existente. Acresce, neste ponto corretamente, que a atividade jurisdicional não se desenvolve no plano exclusivo da dedução lógica a partir de um número limitado de premissas. Sua atividade não deve ser a de preservar ‘qualquer *status quo*’, nas relações entre determinados indivíduos. Ao contrário, um atributo essencial da ordem, a que ele serve, é que ela só pode ser mantida através de constantes modificações de seus elementos...”

competindo-lhe tanto auxiliar a mudança quanto preservar posições existentes.<sup>36</sup>

Continuando a discorrer sobre a atividade do juiz escreve que ele “está empenhado na defesa dos princípios em que se funda a ordem existente. Sua tarefa, de fato, só tem significado no âmbito de uma ordem de ações espontânea e abstrata como aquela ocasionada pelo mercado”. Segue-se que “um juiz não pode levar em conta as necessidades de pessoas ou grupos específicos, ou ‘razões de Estado’, ou ‘a vontade do governo’, ou quaisquer objetivos específicos a que uma ordem de ações possa servir. Numa organização, em que as ações individuais devem ser julgadas segundo sejam úteis aos fins específicos, a que ela visa, não há lugar para o juiz. Numa ordem como a socialista, na qual quaisquer normas, que possam governar as ações individuais, não são independentes de resultados específicos, tais normas não serão ‘sujeitas à jurisdição’ (*‘justiciables’*) porque exigirão um equilíbrio dos interesses envolvidos, à luz de sua importância. O socialismo é, de fato, basicamente, uma revolta contra a justiça imparcial, que considera apenas a conformidade de ações individuais à normas independentes de fins, sem levar em conta os efeitos da aplicação desta a casos particulares. Assim, um juiz socialista seria, na verdade, uma contradição nos termos; pois seu ideário o impede necessariamente de aplicar apenas aqueles princípios gerais subjacentes à uma ordem espontânea de ações, e o conduz a levar em conta considerações que nada têm a ver com a justiça da conduta individual. Ele pode, é claro, ser um socialista na vida privada e manter seu socialismo à margem das considerações, que determinam suas decisões. Mas, não poderia atuar como juiz a partir de princípios socialistas. Fica assim excluída a busca da justiça social, por incompatível com uma ordem espontânea.”<sup>37</sup>

Como se vê da exposição de textos deste autor contidos no livro *Direito, legislação e liberdade*, Hayek é um escritor que busca persuadir. Seguramente o consegue junto àqueles que não conhecem história ou são insensíveis à realidade da vida. Para estes, seu pensamento é alicianante e suas amplas pretensões mostram-se justificadas. Por outro lado, faz solenemente, afirmativas sobre que não pairam dúvidas, como se o fizesse pela vez primeira. Por exemplo, quando afirma o caráter novo da

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 137-9.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 139-40.

legislação, enquanto conjunto ordenado sistematicamente, a partir de princípios determinados, visando certos fins, tendência esta que, efetivamente, ganha contornos definitivos com os códigos napoleônicos, principalmente com o Código Civil de 1804. Também não é nada novo asseverar que a lei não configura toda a ordem jurídica, assim como não se confunde com o direito, conforme as imperecíveis lições de Gustav Radbruch, enunciadas no pós-guerra, evidenciando a possibilidade de haver leis configuradoras da arbitrariedade legal, como sucedeu no ordenamento jurídico nazista.<sup>38</sup>

Parece haver dúvida que Hayek tivesse genuína preocupação com a liberdade, mas logo se percebe que este cuidado o leva a extremos. A história demonstrou que ele tinha razão de opor-se ao “planismo” e ao “racionalismo coletivista”, mas isto não justifica sua crença de que a espontaneidade do mercado pudesse conduzir à utopia da livre realização individual. Aliás, o pensamento de Hayek parece por demais voltado ao indivíduo, para que possa bem avaliar as dimensões de seu comportamento social.

Tem razão no que tange ao cipoal legislativo, que se foi originando com o intervencionismo estatal, muito embora este resulte menos da ação do Estado do que da dificuldade do encontro de acordos, no plano legislativo, capazes de equilibrar duradouramente o egoísmo e a solidariedade humana. Daí advieram as leis-recorte<sup>39</sup>, que cortam artificialmente a realidade, fazendo incisões legislativas, aqui e alí, para que, no fundo, cedendo pouco ou muito pouco tudo permaneça como antes. Como bem se percebe, no neoliberalismo, a inflação legislativa não é característica exclusiva do intervencionismo estatal. Quem tiver dúvida que examine a ordem jurídica brasileira, desde o momento em que se lhe imprime progressiva configuração neoliberal. Quem o fizer, perceberá, ademais, que isto se tem feito, em grande parte, através de medidas provisórias, em número alarmante, com sucessivas modificações a cada republicação. É o tapete persa da perplexidade legal, de que se beneficiam os pescadores de águas turvas.

No que toca à função jurisdicional a posição de Hayek é típica do liberalismo histórico, ainda que enunciada no século XX. A imparcialidade que determina ao juiz, está na contramão da história e da moderna hermenêutica. Não é defensável que o juiz se abstenha da valorização dos interesses em questão no caso *sub judice*. Esta concepção já foi condenada por François GénY em 1889, por conduzir ao logicismo e à incerteza no direito.<sup>40</sup> Para que possa contribuir ao aperfeiçoamento da ordem jurídica, assegurando-lhe a mobilidade em face das circunstâncias sociais cambiantes, é indispensável que valorize tanto os fatos quanto as normas, assim como o contexto social de que emergem, de que sofrem a influencia e sobre que atuam. Dentre estas considerações avultam, sem a menor dúvida, as que concernem à valorização dos interesses em causa. Sem isto, facilmente se recai no conceptualismo jurídico.

<sup>38</sup>RADBRUCH, Gustav. “Leyes que no son derecho y derecho por encima de la leyes”. In: José Maria Rodrigues Paniáguá, ed. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971. passim

<sup>39</sup>RAVÀ, Adolfo. “Crisi del diritto e crisi mondiale”. In: Balladore Pallieri, G. et alii. *La crisi del diritto*. Pádua: Cedam, 1953. p.56.

<sup>40</sup>GÉNY, François, *op. cit.*, passim

Por esta forma, na medida em que se assegura a liberdade do mercado, particularmente mercado financeiro que se movimenta por impulsos *on line*, o que se vê não é a liberdade da maioria, mas a licenciosidade de poucos, em detrimento da realização da justiça distributiva. Esta não se realiza sem que se assegurem os direitos econômicos e sociais, que todos os dias são atacados, atribuindo-se, os males do mundo à sua existência. Vê-se que a espontaneidade do mercado não causa só, como pretendia Hayek, “a frustração de algumas expectativas”, mas ocasiona a inviabilidade da dignidade da vida da maioria, dos que não interessam, daqueles de que a sofisticação tecnológica permite que se abra mão.

Não há dúvida de que o raciocínio deste autor seja ideologicamente arquitetado. Assim, atribui ao ‘positivismo construtivista’ a gênese dos direitos fundamentais – econômicos e sociais –, quando estes traduzem necessidades humanas insofismáveis, de tal sorte que a sua negação impossibilita factualmente o exercício dos direitos e liberdades de primeira geração.

Uma forma de desmistificar a mensagem neoliberal consiste em colocá-la em contraste com o que espelha a realidade. Acenando com a modernidade, o neoliberalismo concretiza, a cada dia maior exclusão social. Basta que se olhem as fotografias de Sebastião Salgado para que se veja a configuração da miséria, em múltiplos pontos do planeta: dos mexicanos tentando transpor a muralha, que os separa dos Estados Unidos; dos índios equatorianos postos à margem da civilização; da miserabilidade extrema dos refugiados, na Etiópia, no Mali, no Sudão, em Moçambique, em Ruanda, na Tailândia, etc., etc., em sucessivas ondas migratórias denunciadoras da implacabilidade do neoliberalismo em face da desgraça do próximo.

Na verdade a “retórica da globalização interessa os setores que dominam a economia. E, entre os países dominados, periféricos como o Brasil, interessa os que participam ativamente do processo de internacionalização”. Acresce que “o desmonte dos mecanismos nacionais de proteção é resultado do peso dos interesses dos países centrais, das grandes corporações e dos setores da sociedade subdesenvolvida que ficam como prepostos dos interesses daqueles”, funcionando como elementos de ligação.<sup>41</sup> São estes os interesses beneficiados pela ação “eficiente” do mercado.

O pretendido câmbio epistemológico configura, insofismavelmente, uma projeção ideológica da realidade social, alterando sua imagem mental, de tal sorte que entre uma e outra há absoluta desconformidade. No trato econômico da realidade, típico do neoliberalismo, abusa-se de noções matemáticas, formalizam-se as relações sociais, em busca de pretensa cientificidade que, na verdade, afasta a sua compreensão, aplicando-lhe um processo hermenêutico deturpado, amputador de traços fundamentais de sua configuração humana. Esquece-se dos seres humanos, em face da absolutização de noções abstratas, à guisa de cientificidade.

<sup>41</sup> BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. A retórica da globalização interessa ao poder. Entrevista a *Zero Hora*, Porto Alegre, 11.08.1996. Caderno de Economia, p. 12.

Não se trata de câmbio epistemológico mas de utilização de ideologia desfiguradora das conquistas do liberalismo clássico, indiferente às contingências sociais e reveladora de flagrante desprezo pelo direito.

Tal ideologia agrava as dificuldades, em que se acha o discurso científico lato sensu. Boaventura de Souza Santos tratando do paradigma científico dominante, bem como do emergente, escreve que “depois da euforia cientista do século XIX e da conseqüente aversão à reflexão filosófica bem simbolizada pelo positivismo, chegamos a finais do século XX possuídos pelo desejo quase desesperado de complementarmos o conhecimento das coisas com o conhecimento do conhecimento das coisas, isto é, com o conhecimento de nós próprios”<sup>42</sup>. Bem antes, em 1931, Karl Jaspers já assinalava a ambigüidade da ciência, observando que as ciências da natureza permaneciam “desprovidas de uma perspectiva de conjunto”, ao passo que às ciências do espírito faltava “uma concepção humanista”<sup>43</sup>. É assim, que a degradação irresponsável do ambiente tem como contraparte uma ciência manejada por indivíduos que se julgam onipotentes, acreditando que podem tanto destruir quanto reconstruir a natureza. Essa ciência é “uma simples virtuosidade técnica especializada e, talvez, um saber de tipo enciclopédico”, enquanto “a verdadeira ciência é um saber consciente de suas modalidades e de seus limites”<sup>44</sup>.

Jaspers já escreve após a relativa superação da retração filosófica ocorrida, aproximadamente, nos últimos sessenta anos do século XIX, em decorrência do extraordinário desenvolvimento da física e de sua comprovada utilidade prática para o domínio da matéria<sup>45</sup>. Na mesma época Edmund Husserl teve “o incontestável mérito de ter chamado a atenção para o fenômeno do encobrimento histórico”, realizado pela física, na medida em que encobriu o “mundo da vida, de tal forma que a noção de uma natureza construída matematicamente eclipsou a noção précientífica – comum – da natureza”<sup>46</sup>.

O encobrimento do “mundo da vida” atingiu a natureza, a reflexão sobre ela, prolongando-se além das ciências físico-matemáticas, projetando-se nas ciências do homem, sob a influência do positivismo. No Direito, fez-se notar através do exegetismo francês e do historicismo alemão, o primeiro proclamando a religiosidade da obediência aos códigos e o segundo construindo a estrutura conceitual do Direito, começando pelo abandono das preocupações historicistas de Savigny, até chegar à famosa pirâmide dos conceitos de Puchta. Com Ihering começa desvelamento do mundo dos conceitos, aludindo ao interesse e à finalidade no Direito.

<sup>42</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 8.ed. Porto: Ed. Afrontamento, 1996. p. 30.

<sup>43</sup> JASPERS, Karl. *La situation spirituelle de notre époque*. Trad. de l'allemand par Jean Ladrière et Walter Biemel. Postface de Xavier Tilliette. 4.éd. Paris: Desclée de Brouwer; Louvain: E. Nauwelaerts, 1966. p. 157.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>45</sup> ORTEGA Y GASSET, José. *Que é filosofia? (Que es filosofía?)* Trad. port. e prólogo de Luís Washington Vita. Rio: Livro Ibero-americano, 1971. pp. 20, 31, passim.

<sup>46</sup> SANTOS, José Henrique. *Filosofia e crítica da ciência*. Cadernos do CEAS, Salvador, 43 pp: 3-9, mai/jun., 1976. notadamente, pp. 6/7. O grifo é nosso.

Este longo caminho, ainda não concluído, tem como pontos importantes, os caminhos tópico-retóricos do discurso jurídico, recuperados e desenvolvidos, a partir de Aristóteles, por Theodor Viehweg e Chaim Perelman. Pode-se, de certa forma, afirmar que fez-se um bom caminho na aproximação entre as leis e o discurso jurídico, de um lado, e os fatos, de outro, para o que concorreu, seguramente, a tendência marxista do pensamento jurídico, apesar das reavaliações de que tem sido alvo.

No que tange, no entanto à ciência *stricto sensu*, apesar da intensa reflexão, que a teve e a tem por objeto, ainda se acha em busca de um paradigma que a aproxime de uma concepção menos utilitarista e mais humanista. “O rigor científico, porque fundado no rigor matemático é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objectivar os fenómenos, os objectualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenómenos, os caricaturiza. É, em suma e finalmente, uma forma de rigor que ao afirmar a personalidade do cientista, destrói a personalidade da natureza”<sup>47</sup>. A isto vem acrescer “o fenómeno da industrialização da ciência a partir sobretudo das décadas de trinta e quarenta”, acarretando “o compromisso desta com os centros de poder económico, social e político, os quais passaram a ter um papel decisivo na definição das prioridades científicas”. Há ainda uma circunstância pior, característica dos nossos dias: “A ciência e a tecnologia têm vindo a revelar as duas faces de um processo histórico em que os interesses militares e os interesses económicos vão convergindo até quase a indistinção”<sup>48</sup>.

Dentre os ramos do conhecimento ditos científicos, o mais infenso à crítica, o mais dogmático, o mais pretensioso, é o da chamada ciência econômica em sua feição neoliberal, dentre cujos elaboradores destacam-se Friedrich Hayek e Milton Friedman. Considerado à luz da epistemologia, verifica-se que constitui uma deturpação da ciência com abuso de abstrações desconformes com a realidade, indiferente às contingências humanas, o que tenta ocultar com a aplicação excessiva do instrumento matemático. Seu princípio básico de que a liberdade do mercado há de prover a tudo, à condição que o Estado seja mínimo, não encontra a mínima comprovação histórica. Ao contrário, o liberalismo econômico clássico conduziu a singular miserabilidade da maioria da população, o que só foi obviado pelo intervencionismo estatal. Sua hipótese de que, agora, este princípio conduziria à satisfação das necessidades humanas, em escala universal, é contraditada pelos relatórios de desenvolvimento humano da ONU e pelos dados do Banco Mundial, demonstradores da pauperização da periferia capitalista, notadamente pela miserabilidade da África. Assim seus resultados, vistos de um ponto vista crítico, segundo a epistemologia, levam à conclusão de que a ciência econômica neoliberal ciência não é, configurando, isto sim, ideologia como já o definia Marx, em 1931, na *Ideologia Alemã*. Nesta obra Marx anotava “que quase toda ideologia reduz-se, ou a uma concepção absurda desta história (história dos homens),

<sup>47</sup> SANTOS, Boaventura de Souza, *op. cit.*, p. 32.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 34-5.

ou a uma concepção que dela faz total abstração. A ideologia, ela própria, não é senão um dos aspectos desta história”. Não é de estranhar que a ideologia tome o lugar da realidade, pois dispõe dos meios materiais para isto: “em toda época, as idéias da classe dominante são as idéias dominantes; dito de outro modo, a classe que tem o poder material na sociedade, é, ao mesmo tempo, o poder espiritual dominante...” Uma vez que os indivíduos que a compõem “dominam enquanto classe, determinam uma época em toda a sua extensão, em todos os domínios; dominam, portanto enquanto produtores de pensamentos”. Demais, “toda nova classe que toma o lugar de outra precedentemente dominante, é obrigada, ao menos para atingir seus fins, a apresentar seus interesses como o interesse comum da sociedade; isto é, para falar de idéias, tem que conferir forma universal a seus pensamentos, proclamando-os os únicos razoáveis, os únicos dotados de valor universal”<sup>49</sup>.

É evidente que a representação neoliberal da realidade – “em que avultam o caráter central e prescritivo do mercado, de que decorrem a escala de valores e as regras segundo as quais os homens devem viver –, constitui uma visão unilateral de determinada categoria de homens, atentos fundamentalmente à realização de seus interesses pessoais, que pretendem fazer passar pelos interesses universais do gênero humano, a qual teria o condão de pôr termo à história”<sup>50</sup>.

Assistimos “ao bloqueio básico da solidariedade humana produzido pela lógica do mercado. É fácil compreender que a messianização do mercado irrestrito funciona como cobertura ideológica, extremamente eficiente para aquela insensibilização profunda de inúmeros seres humanos diante das necessidades de seus semelhantes, que – com o devido perdão dos brutos – chamo de embrutecimento burguês.”<sup>51</sup>

<sup>49</sup> MARX, Karl. L'idéologie allemande (Conception matérialiste et critique du monde). In: *Oeuvres*. Éd. Établie, présentée et annotée par Maximilien Rubel. Paris: Gallimard, 1982. T. 3 (Philosophie) (Bibliothèque de la Pléiade). pp. 1037-1325, notad. p. 1054, 1720, nota 1.

<sup>50</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 106.

<sup>51</sup> ASSMANN, Hugo. “Exterioridade e dignidade humana. Notas sobre os bloqueios da solidariedade no mundo de hoje”. In: *Dialética e liberdade: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima*. Ernildo Stein e Luís A. de Boni (org.). Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1993.

## BENS DE INTERESSE PÚBLICO E MEIO AMBIENTE

José Afonso da Silva\*

### 1. Constitucionalização das Relação Jurídicas Privadas

O processo de constitucionalização das relações jurídicas privadas teve início com a Constituição Mexicana de 1917 e afirmação com a Constituição Alemã de Weimar de 1919 com a pretensão de criar uma ordem jurídica, econômica e social justa, instituindo uma série de princípios destinados a regular o processo produtivo, a atividade prestacionista do Estado e sua intervenção na economia, dando origem à categoria dos direitos econômicos e sociais e conseqüente juridicização da propriedade e de outras instituições privadas. Destaque, para o nosso interesse aqui, a importância do art. 153 da Constituição de Weimar, onde se garante a propriedade, mas, no mesmo passo, habilita a lei a limitar e modular seu conteúdo, para, enfim, determinar que a propriedade obriga e que seu uso deve servir ao bem da comunidade. Assim, o exercício do direito de propriedade se orienta para a consecução de um delicado equilíbrio entre o interesse individual e o bem social da comunidade.<sup>1</sup>

Tem-se reconhecido que, na prática, Weimar foi mais ilusão que realidade, mesmo porque acontecimentos de 1920 deixaram claro que já se tinha decidido que a República de Weimar, a despeito do texto constitucional, seguiria sendo uma República liberal. Afinada com essa postura, a jurisprudência transformou as exigências de conteúdo social em meras fórmulas vazias que careciam de significação concreta.<sup>2</sup> Ainda que assim tenha sido, não se pode negar a importância da Constituição de Weimar na formação posterior do constitucionalismo social, que se desenvolveu nas constituições do pós-Segundo Guerra Mundial e nas constituições contemporâneas posteriores à queda das ditaduras fascistas e militares, assumindo a concepção de constituições normativas cujas normas, todas, se caracterizam como autênticas normas jurídicas que vinculam a todos os poderes e pessoas.

\* Prof. Tit. Aposentado da FD/USP

<sup>1</sup> Cf. GAREA, Rafael Colina. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona: 1997, pp. 43 e ss.

<sup>2</sup> Id. ib., p. 46, nota 121.

## 2. Interesse Público e Interesse Privado na Relação de Propriedade

A constitucionalização do direito privado tem seu efeito mais profundo sobre a propriedade privada, a ponto de se falar em *propriedade constitucional*.<sup>3</sup> Ao mesmo tempo em que se garante o direito de propriedade, a constituições ordiernas determinam que ela há de atender a sua função social. Assim está expresso no art. 5º, XXII e XXIII da nossa Constituição, num sentido mais exigente do que o art. 42 da Constituição italiana que remete à lei assegurar a função social da propriedade. A Constituição de 1988 assegura diretamente a função social da propriedade no art. 5º, XXIII. No art. XXII a propriedade é garantida como direito do indivíduo. Ao reafirmar, porém, a instituição da propriedade privada e sua função social como princípio da ordem econômico no art. 170, II e III, a Constituição relativizou seu significado como direito individual. Além do mais, a Constituição inscreveu o princípio da função social da propriedade como conteúdo definido em relação à propriedade urbana e à propriedade rural, com sanções para o caso de não ser atendido (art. 182, 184 e 186)..

O princípio da função social transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la; condiciona-a como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição; A Constituição, como já disse, dá o fundamento do regime jurídico da propriedade, não apenas de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia.<sup>4</sup> Pedro Escribano assinala que a função social “introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um *interesse* que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo”.<sup>5</sup> Pugliatti também preleciona em sentido semelhante, ao dizer que a “propriedade hoje não é propriedade (exclusivamente) *individual*, mas é antes propriedade *do indivíduo*; é, sob qualquer aspecto, propriedade privada, mas preordenada e orientada de modo a permitir *a mais idônea tutela do interesse público*”.<sup>6</sup> Isso porque, como lembra Giannini, “funcionalizar uma situação subjetiva privada significa submetê-la a uma direção do poder público. Assim acontece com o direito de propriedade. Com a funcionalização subtrai-se ao proprietário parte dos poderes de decisão acerca da utilização e da fruição do bem, porque outra parte dos poderes de decisão se dá ao poder público: assim o proprietário de bosques vinculados pode decidir utilizar do bosque para trazer lenha dele para uso industrial, mas não pode decidir onde e como abater-lhes as árvores: isto o decide a autoridade florestal pública”.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Tal é o título do livro de IANNELLI, Antonio. *La proprietà costituzionale*. Camerino: Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, 1980.

<sup>4</sup> Cf. meu *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 286.

<sup>5</sup> Cf. *Propiedad urbana*, p. 122.

<sup>6</sup> Cf. PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, p.107.

<sup>7</sup> Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto pubblico dell'economia*. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 107.

É nesse contexto que se desenvolve a doutrina do *interesse público* e *interesse privado* na moderna propriedade, juntamente com a superação do conceito unitário de propriedade. De fato, a doutrina desenvolveu a idéia de que a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares.<sup>8</sup> A Constituição consagra essa doutrina, distinguindo, por exemplo, a *propriedade urbana* (art. 182, § 2º) e a *propriedade rural* (arts. 184-186), cada qual com sua função social própria e sua disciplina jurídica. Importa destacar que ao lado do interesse privado do proprietário se põe o interesse público, de onde surge a necessidade de criar instrumentos normativos de modo que o interesse privado não constitua obstáculo à atuação do interesse público, mas que também se encontre o justo equilíbrio entre a tutela que se outorga ao interesse privado e a que é conferida ao interesse público, de modo que a atuação deste possa obter-se mediante a atuação daquele.<sup>9</sup>

### 3. Configuração dos Bens de Interesse Público

A partir dessa doutrina não foi difícil configurar uma nova categoria de bens – *os bens de interesse público*, na qual se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas como bens dos sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de uma fim público. Assim a doutrina em geral entende que se trata de uma categoria de bens situada entre os bens públicos e os bens privados. Giannini, contudo, acha que aqueles bens que se dizem de interesse público são todos espécie de propriedade funcionalizada, ou propriedade função.<sup>10</sup> Não cabe nesta exposição entrar nesse debate. O que importa é que alguns bens ficam subordinados a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública. Ou, como diz Palma, “a locução ‘bens de interesse público’ descreve de modo exato a situação de alguns bens, porque efetivamente eles têm regime especial próprio em virtude dos interesses públicos a serem tutelados, inerentes à utilidade e a valores que os bens possuem”.<sup>11</sup> Essa disciplina especial condiciona a atividade e os negócios relativos a esses bens, sob várias modalidades, com dois objetivos: controlar-lhes a circulação jurídica ou controlar-lhes o uso.

São inegavelmente dessa natureza, como já escrevi de outra feita, os bens imóveis de valor histórico, artístico, arqueológico, turístico e as paisagens de notável beleza natural, que integram o patrimônio cultural brasileiro, assim como os bens constitutivos do *meio ambiente natural*.

<sup>8</sup> Minha *op. cit.*, p. 277; PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 145.

<sup>9</sup> PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 108.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 108.

<sup>11</sup> Cf. PALMA, Giuseppe. *Beni de interesse pubblico e contenuto dela proprietà*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1971, pp. 9 e 10.

A Constituição, no art. 225, declara que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Veja-se que o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente. O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado. O direito que todos temos é à qualidade satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu em bem jurídico. A isso é que a Constituição define como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Pode-se dizer que tudo isso significa que esses atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada mesmo quando seus elementos constitutivos pertencem a particulares. Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou pessoa particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade. Além disso, há elementos físicos do meio ambiente que também não são suscetíveis de apropriação privada, como o ar, a água, que são, já por si, bens de uso comum do povo. Assim também as *florestas* existentes no território nacional e *as demais formas de vegetação*, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são *bens de interesse comum a todos os habitantes do país*. Por isso, como a qualidade do ambiente, não são bens públicos nem particulares. São bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo.<sup>12</sup>

### Conclusão

A conclusão importante é que esses bens vinculados a um regime especial de imodificabilidade e às vezes de relativa inalienabilidade tem uma parte que fica sob o poder de decisão do proprietário acerca de sua utilização e fruição e outra parte que fica sob o domínio do poder público. Por isso, a interpretação que a jurisprudência tem dado a respeito do valor de indenização desses bens, especialmente das florestas especialmente protegidas, não tem levado em conta que tais bens não podem ter o mesmo valor monetário que teriam se não estivessem incluídos na categoria dos bens de interesse público. No cálculo da indenização, quando cabível, há de se ponderar entre o interesse público e o interesse privado sobre o bem, para que se cumpra a determinação constitucional do preço justo no caso de desapropriação direta ou indireta. O conceito de valor justo não é só em benefício do proprietário. Se o bem tem uma parte de interesse público, o valor só deve levar em conta a parte estritamente do particular. A parte vinculada desconta-se no valor total que teria bem, se despidido do vínculo de interesse público.

<sup>12</sup>Cf. *meu Direito ambiental constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 80-81 e 161-162.

## **REVISIÓN CRÍTICA SOBRE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y SOCIAL EN LA CIUDAD DE MÉXICO**

Erick Gómez Tagle López\*

Resumen: En los últimos años México se ha caracterizado por ser un país con altos índices delictivos e impunidad, cuya sociedad mantiene, a pesar de las denuncias, la violencia intrafamiliar como una constante en muchos de los hogares. Situación, esta última, asociada con la idea, muchas veces confirmada en los hechos, de que en él persisten prácticas como el machismo, la intolerancia y la discriminación. La igualdad jurídica y la equidad de género, fuertemente defendidas por algunos grupos, no parecen ser incorporadas por el grueso de los ciudadanos. Realidades que, en el caso de los sectores más vulnerables, es importante analizar, con el fin de determinar sus condiciones de vida y grado de participación pública, sobre todo en un contexto en el que las condiciones políticas y económicas del país son inestables, lo cual contribuye, en no pocos casos, a la desestabilización emocional de las personas y aumenta la incidencia de conductas no permitidas por la ley.

### **Introducción**

De acuerdo con estudios previos que hemos realizado, el análisis científico, crítico y propositivo de las distintas clases de violencia (doméstica, intrafamiliar, social, estructural, estatal), es aún limitado en México. La investigación sobre sus causas, actores, incidencia estadística, efectos inmediatos y consecuencias sociales amplias, no obstante su importancia, ha sido poco difundido y profundizado en el ámbito académico, salvo algunos estudios provenientes de la Sociología, la Antropología o las Ciencias Penales.

El tema, aunque permanentemente es materia de conversación, no es objeto de análisis fundamentados, sino de puntos de vista con alto grado de subjetividad, relacionados, las más de las veces, con experiencias personales. De modo similar, es prácticamente abandonado por los periodistas y comentaristas de los medios masivos de comunicación, quienes, quizás por el poco espacio editorial de que disponen, la falta de conocimientos previos y la escasez de estadísticas confiables, privilegian la reflexión a la investigación y el comentario breve al análisis amplio.

Los medios, con una visión de tipo empresarial y no social de ésta y otras problemáticas, únicamente parecen preocuparse por elevar o mantener los niveles de ventas y de audiencia, sin importar, en la mayoría de las veces, el contenido de lo que difunden. Lo cual se hace mediante la exacerbación del interés morboso por la noticia

\* Instituto Nacional de Ciencias Penales y Universidad Nacional Autónoma de México.

espectacular, la nota roja, pues, aunque el ser humano experimenta regularmente una repulsión por los actos violentos, gusta de conocer los detalles que rodean a estos actos y la frialdad, o aparente normalidad, de quienes los cometen, aunque muchos de ellos se caractericen, conforme con análisis criminalísticos y clínicos, por sufrir trastornos severos de la personalidad.

Todo lo cual ha provocado que la nota roja, difundida a través de reportajes y programas especiales y la repetición continua de noticias cotidianas, sea cada vez más rentable como producto de consumo. Con lo cual se corren al menos dos riesgos:

- 1) Exagerar desmedidamente la frecuencia y gravedad de los eventos, generando sentimientos colectivos de inseguridad e incertidumbre, lo que, en el mediano plazo, puede ser causa de malestares psíquicos, problemas familiares, dificultades para relacionarse, descrédito de las autoridades, adopción de mecanismos personales de defensa, etc.
- 2) Convertir los actos criminales, sobre todo los violentos, en algo común y de lo más trivial (normalización de lo patológico).

Lo anterior, dado que la repetición cotidiana de estos sucesos elimina la sorpresa y suscita el desinterés o la desesperación por cambiar las cosas. No obstante, tenemos que mantener el cuidado de no confundir el sentido de estos enunciados, debido a que, de acuerdo con la Criminología, la Teoría Sociológica del Derecho<sup>1</sup> y la Filosofía Jurídica, en toda sociedad existen expresiones de violencia y actos que, conforme con el uso de una norma, son calificados como crímenes.

Lo cual sucede porque permanentemente existe una moral pública, una conciencia colectiva, que señala y que sanciona a aquellos actos que, real o aparentemente, lesionan ciertos valores o intereses colectivos, como la solidaridad, el bien común, la justicia, los derechos humanos, etc. Términos que, aún cuando su significado es ambiguo y su interpretación se presta a la negociación política, la gente parece encontrar en ellos ciertos elementos con los cuales se identifica.

Esto, en un momento dado, nos puede llevar a pensar que los seres humanos tenemos que aprender a convivir con los actos criminales, más que aprender a combatirlos, pues, no importando los tipos de sociedad y de régimen que sean, siempre existen. En este sentido, los medios de comunicación, al ser aparentemente medios reproductores de la realidad, no harían otra cosa sino reflejar los hechos cotidianos, lo cual hoy en día consiste en hablar del estado de violencia que se vive en México, particularmente en los Estados y ciudades con mayor concentración humana, circulación ilícita de mercancías, corrupción y producción

<sup>1</sup> 1) Criminología: Ciencia sintética, de pretensión causal explicativa, que busca la descripción, clasificación, explicación y reducción de las conductas criminales, tanto a nivel general (criminalidad), como a nivel de casos concretos a través de la Criminología Clínica. 2) Teoría Sociológica General del Derecho: Disciplina que propone la construcción de un modelo normativo útil para el estudio sociológico de las conductas observables en una sociedad en relación con su sistema jurídico (TAGLE LÓPEZ, Erick Gómez. *Glosario de conceptos básicos relacionados con la Sociología y disciplinas afines*. México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-UNAM, 2001, p. 36, inédito).

y consumo de drogas, como el Estado de México, el Distrito Federal, Guadalajara, Tijuana o Sinaloa.

En este último Estado, información fechada el 5 de julio de 2001, aparecida en los diarios al día siguiente, señalaba que, en lo que iba del año, los homicidios violentos superaban 20 por ciento a los ocurridos el año anterior durante el mismo periodo, al pasar de 254 a 300 el número de casos. Cabe destacar que de las muertes, la mitad ocurrieron en Culiacán, capital de la entidad.<sup>2</sup>

Sin embargo, cuando se habla regularmente de algo, como en este caso referente al homicidio, pero en general en lo que se refiere a la inseguridad pública, pero no se realizan propuestas serias de análisis y de solución, sucede que se realiza una apología de la violencia, pues sólo se comenta lo que ya sucede, sin considerar sus causas, los medios por los que se desarrolla y agrava, y sus efectos a mediano y largo plazos.

Con base en esto, consideramos que se requieren en México trabajos que analicen la problemática social derivada de estos fenómenos. Estudios que vinculen las variables políticas, económicas, educativas y demográficas, con el recrudecimiento de la violencia en sus diferentes manifestaciones, pues lo más común es que se investiguen de manera aislada.

## 1. La Ciudad de México. Objetivos de la Investigación

Considerando lo antes expresado, nosotros, apoyados teóricamente en la Sociología Jurídica, la Criminología Crítica y los Estudios de Género queremos realizar, dentro de un contexto urbano, un primer acercamiento a los fenómenos de la violencia doméstica y social. Razón por la cual consideramos importante dar un breve panorama general del contexto en el que inscribimos el trabajo.

El área objeto de estudio es la Ciudad de México, ya que consideramos que reúne una serie de características que la hacen particularmente sensible a los problemas del país. El Distrito Federal, además de ser la capital de la República, es, junto con el Estado de México, Veracruz, Jalisco y Puebla, uno de los centros demográficos más importantes.

Además, es la zona donde los trabajadores alcanzan los mayores niveles de productividad, aunque el ingreso promedio de su población remunerada sólo ocupa, de acuerdo con los Censos de 1990, el séptimo lugar a nivel nacional. Y la entidad que cuenta con la mayor cobertura educativa en todos los niveles, con el menor índice de analfabetismo, con sólo 3 por ciento de la población de 15 años y más (Censo de 1995), y con la población adulta con más años de educación, teniendo en promedio, según lo señala el Censo de 1990, dos años más que la de cualquier otra entidad, por lo que muchos analistas consideran que es el punto neurálgico de la economía y política nacionales.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> VALDEZ, Javier. "En lo que va del año, 300 crímenes en Sinaloa; 273 fueron ejecuciones", en *La Jornada*. México, 6 de julio de 2001, p. 29.

<sup>3</sup> CALDERÓN, Enrique. "El DF y otros problemas", en *Nexos*. México, Núm. 238, octubre de 1997, pp. 53-61.

Algunos de los problemas que, en la actualidad, han adquirido una gran importancia en México, son los fenómenos de la delincuencia, la drogadicción, la inseguridad pública y la violencia intrafamiliar, de ahí que resulte importante descubrir cuáles son las políticas y mecanismos del Estado que han resultado inefectivas para asegurar la “paz pública”, mantener el control social y reproducir un modelo no violento de unidad doméstica.

Para tratar de responder esto, en el trabajo se hace una revisión crítica de la concepción ideológica de la seguridad pública y el derecho moderno, se comentan, apoyados en la teoría de género, algunas características de la población infractora y delincuente, y se explica por qué los jóvenes, al ser objeto de procesos de exclusión económicos y sociales, son propensos a adoptar sistemas normativos diferentes al sistema hegemónico.

## **2. Concepciones Ideológicas de la Seguridad Pública y el Derecho**

Considerando la importancia de definir adecuadamente cada término, resulta interesante analizar los conceptos de seguridad pública y derecho, debido a que su definición brinda una guía para entender los fines a los que responden y para explicar por qué el comportamiento de la gente no siempre corresponde con lo ordenado por las autoridades.

La cuestión de la obediencia es, como habremos de ver, uno de los puntos nodales para explicar la reproducción de los sistemas, cuya efectividad depende, precisamente, de que lo dictado en las normas incida en la conducta de los sujetos. Pero, ¿por qué la gente obedece? Posiblemente por temor, convencimiento, aceptación acrítica o conveniencia.

Al respecto, anhelos colectivos como la seguridad, la paz, el bien común o la democracia, sirven a los intereses de ciertos grupos que tienen la voluntad, la intención, de imponer su ideología y decisiones al resto de la comunidad. El derecho es, por excelencia, el instrumento más eficaz por el cual las personas que tienen la voluntad de mandar, efectivamente mandan.

Las personas, si recordamos la teoría contractualista de Rousseau, delegan, dentro de un modelo ideal, parte de su soberanía, libertad y poder, a un tercero, con el fin de que éste, investido como funcionario, como autoridad, les asegure la defensa de ciertos derechos frente a los demás. El derecho a la vida, a la integridad corporal y a la propiedad privada son algunos de los principios que las personas norman, precisamente porque a ellos se les adjudica un valor positivo.

Otro aspecto que paulatinamente se ha ido normando es el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito doméstico como en el social. La seguridad de la persona, fincada en el respeto de sus derechos humanos, la efectividad de las garantías individuales y el mantenimiento de una relativa seguridad pública queda, pues, determinada por lo que en el derecho se establece.

Con base en éstas y otras ideologías, en el ámbito del quehacer jurídico se maneja frecuentemente la idea, misma que se hace del dominio público, de que la seguridad pública

“[...] está ligada a la protección de la paz pública, de tal manera que puede ser conceptualizada, desde el punto de vista objetivo, como el conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas, que tienden a garantizar la paz pública a través de la prevención y represión de los delitos y de las faltas contra el orden público, mediante el sistema de control penal y el de la policía administrativa.”<sup>4</sup>

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

Políticos y juristas, en su papel de legisladores y jueces, establecen, a través del derecho, cuáles son las conductas que *deben considerarse como* atentatorias de la paz y del orden público. Prescripción que, en la gran mayoría de las ocasiones, al ser una decisión política, es independiente de la confirmación científica de la “nocividad” de tales conductas.

Desde esta concepción, la reproducción de las relaciones sociales sólo es posible cuando existen – así sea mediante el engaño y la amenaza de la aplicación de la fuerza – orden y “paz”. Razón por la cual, una definición de *derecho* lo describe como el conjunto de normas que amenazan con el ejercicio lícito de la violencia, en caso de que se produzcan conductas consideradas como atentatorias contra la reproducción social.

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

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

<sup>4</sup> GONZÁLEZ, Samuel; LÓPEZ, Ernesto y YÁNEZ, Arturo. *Seguridad pública en México*. México: UNAM, 1994, p. 49.

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

Sin embargo, en la medida en que estos sistemas resultan ineficaces para garantizar la obediencia civil, la disciplina policíaca, la reproducción incrementada del capital, el mantenimiento de los privilegios políticos y una relativa seguridad pública, es posible advertir *condiciones de inviabilidad* para el desarrollo de las políticas públicas, principalmente las económicas, debido al descontento generalizado de la gente.

Descontento que suele ser ignorado por el *gobierno* (conjunto de personas que el discurso jurídico de la ideología dominante califica y reconoce como autoridades y funcionarios públicos), salvo en periodos críticos o electorales, preocupándose, las más de las veces, únicamente por “aplicar la ley”. Lo cual, en términos prácticos, consiste en multar y meter a la cárcel a todo aquél que no obedezca las normas del sistema jurídico, independientemente de sus razones políticas o necesidades económicas.

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

Sostener esta idea, la relación – no lineal – entre derecho, economía e inseguridad pública, es en virtud de que no es posible mantener, al menos en relativa calma, las relaciones económicas y políticas, dentro y fuera del país, sin un sistema eficaz de seguridad pública y de justicia. Si el gobierno, no garantiza la seguridad física y patrimonial de las personas, es factible suponer la redeterminación de las relaciones entre los ciudadanos y entre éstos y las autoridades.

La falta de seguridad pública, derivada, además de los factores económicos y sociales, de la ineffectividad del derecho (impunidad, corrupción, leyes inadecuadas), aunada con prácticas violentas en el hogar, provoca que los individuos convivan, en su vida cotidiana, en un clima de incertidumbre, desconfianza y preocupación constantes, por lo que tienen que aprender a cuidar de sí mismos, en una suerte de autoadministración y autoprotección. El Estado tiende, en la mente de los individuos, a reducirse en la medida en que no les garantiza protección.

Situación que, en el caso de las mujeres, resulta más preocupante, debido a que, como sector, permanentemente son objeto de exclusión de las instancias políticas y empresariales de poder, y a que, como individuos, son objeto de acoso sexual, maltrato físico, violencia psicológica, confinamiento al ámbito doméstico, devaluación de su trabajo, etc.

Todo lo cual provoca que las mujeres, aunque también los hombres, pero no en un grado tan elevado, desarrollen su mundo de vida en medio de la inseguridad, manifestada

en el temor constante a ser, por ejemplo, objeto de violación. Hecho que, como sabemos, en muchos casos es un familiar o la pareja sentimental quien adopta el papel de victimario.

### 3. La Adaptación del Individuo como Ser Moral

La interacción comunicativa, el establecimiento de relaciones cotidianas, el desarrollo de sistemas de orientación, la adopción de roles, y, en general, la apropiación que hacen los sujetos de lo que les es culturalmente dado, implica la renuncia a las gratificaciones pulsionales y la disciplina frente a los patrones culturales, lo cual se logra mediante el reconocimiento y la adaptación, por parte de los individuos, de todo aquello que, por ser social, es anterior, externo y coercitivo a su propia naturaleza.

Su comportamiento está orientado por un conjunto de normas y un sinnúmero de valores de origen colectivo, los cuales son los que permiten a los individuos desarrollar lazos de unidad y pertenecer a una o más comunidades. Estas comunidades, desde la perspectiva de un observador, constituyen, para las personas que las integran, su “audiencia moral”, ya que ellas son quienes redefinen, describen, los actos particulares, calificándolos como actos positivos o como actos sancionables.

Las comunidades, entendidas como grupos que cuentan con sistemas propios de valores y de normas (sistemas no necesariamente compatibles con los sistemas normativos hegemónicos), al ser capaces de ejercer presión social, son, probablemente, junto con la personalidad, los factores más importantes que determinan la calidad y condición moral de los sujetos. Sin embargo, esta determinación no es absoluta, debido a que en las situaciones concretas siempre queda margen de maniobra para la capacidad creativa, la espontaneidad y las pulsiones.

Dicho en otras palabras, la subjetividad, la libertad, la capacidad de interlocución, el acervo de conocimientos y experiencias, y la racionalidad de los individuos, hacen imposible que la participación de éstos en los mundos físico y cultural se reduzca a su capacidad adaptativa, por lo que en determinados momentos son capaces de romper, contra todos los pronósticos, lo que es típico, estandarizado, o previsible.

Al mismo tiempo, la intención de cualquier individuo, al proyectar su acción, presupone, desde esta perspectiva teórica, un cierto nivel de reconocimiento de las capacidades y limitaciones de sí mismo, y de las condiciones y restricciones del mundo exterior (entorno natural y cultural); pero ya *interiorizadas*, de cuya conciencia – o representación que se hace por medio del lenguaje – depende la forma en que cada sujeto da cuenta de la realidad y la actitud que asume ante ella.

Esto mismo es aplicable a la idea de que el agente implicado en la comisión de un acto violento o un hecho delictivo es consciente, en mayor o menor grado, de su comportamiento y de las condiciones objetivas que le rodean. Sabe o está en condiciones de saber, las consecuencias, al menos probables, de su conducta. Ello a pesar de que se le pueda definir, dadas las circunstancias y el cambio de carácter que éstas pueden provocar, como sujeto en *estado de emoción violenta*.

No obstante que lo anterior pueda servir, en un momento dado, como atenuante de su responsabilidad, sostenemos que la persona reconoce a su conducta, gracias a la capacidad comprensiva inherente en él y a la educación que ha recibido, como catalogada jurídicamente de delictiva y a su acto como punible. En alguna medida, misma que es muy difícil de determinar, busca y acepta el daño causado, aunque posteriormente trate de evitar el castigo, tal vez por la severidad del mismo, porque el daño rebasó los efectos esperados o, simplemente, porque no cree justo merecerlo (existencia, real o aparente, de justificaciones válidas de la conducta).

Llegando incluso a alegar, en este último caso, que no cometió nada que en su naturaleza sea intrínsecamente malo (ausencia del sentimiento de culpa y, por tanto, de arrepentimiento), ya que la naturaleza carece de código moral. Para nosotros, es claro que el hombre no es un ser moral sino por vivir en sociedad y que la sociedad no existe como algo diferente de un agregado de individuos, sino a condición de mantener un conjunto de lazos (el derecho y la moral) capaces de ligar a estos individuos entre sí.

La sociedad, a través de la cultura, convierte a las personas en seres morales, en seres capaces de distinguir lo permitido de lo prohibido, lo “bueno” de lo “malo”, pues las adapta a los patrones de conducta establecidos. Los *inadaptados* serían entonces aquellas personas que no cumplen con las obligaciones que les impone su condición de seres sociales: respeto a la vida, a la integridad corporal, a la propiedad, etc.

El *inadaptado*, al salirse de los márgenes de conducta permitidos – márgenes establecidos por quienes ejercen la dominación –, recibe, de igual modo, la calificación de *desviado*. Sin embargo, al examinar esta manera de calificar a las personas, notamos que carece de sustento, pues los criminales, quienes son algunos de los usualmente así calificados, se hallan perfectamente adaptados a la sociedad, puesto que les permite su sobrevivencia, y si bien resulta válido decir que se desvían de lo prescrito por unas normas, también es válido decir que su conducta se halla dentro de lo permitido por otras normas que ordenan lo contrario. En esto consiste el *pluralismo jurídico*, efecto del *pluralismo cultural*.

Pluralismo que, en los casos en que llega a ser reconocido por quienes ejercen la dominación, es descalificado, pues las culturas que lo conforman son visualizadas como subculturas o contraculturas. Sus sistemas normativos, al ser dominados, son desacreditados como “usos y costumbres”.

Se habla así, aunque las autoridades nunca la definen, de la *subcultura de la violencia* (sistema normativo dominado cuyas prescripciones se oponen, en materia del uso de la violencia física, a lo permitido por el sistema normativo hegemónico) y se le distingue de la *cultura de la legalidad* (ideología, producto de la unión del derecho y la cultura del grupo dominante, que sostiene la tesis de que las normas jurídicas deben cumplirse porque son legítimas), sin percatarse de que ésta también es una cultura de la violencia, pues determina la forma en que la misma se ejerce y se organiza.

Para nosotros, ambas son culturas, productos ideológicos derivados de una misma estructura social (estructura dividida en clases), pero, con el fin de facilitar el análisis,

utilizamos los términos *subculturas*, para designar a todas aquellas culturas que no son hegemónicas, y *contraculturas*, para designar a todas aquellas que no son hegemónicas, pero que pretenden serlo.

Cuando estudiamos los distintos aspectos de la violencia, las causas y la diversidad de actores involucrados resulta importante retomar esta distinción, debido a que siempre existen grupos sociales con sistemas de valores diferentes y formas alternativas de solidaridad que permiten o fomentan conductas contrarias a las establecidas por los grupos hegemónicos. Situaciones que, al repasarlas, nos obligan a cuestionarnos sobre la vigencia y/o validez fáctica del “Estado de derecho”, ya que, como lo hemos argumentado, sociológicamente sólo puede hablarse de la validez de las normas cuando éstas son efectivas en términos generales. Es decir, cuando la conducta de las personas se corresponde con lo prescrito jurídicamente.

Cuestión, la del “Estado de derecho”, política y académica muy tratada, sin que ello signifique claridad en su definición. Por lo común, éste se confunde con lo que es el *Estado moderno* (sistema normativo que, mediante la creación del funcionario público, permite el ejercicio del poder de forma impersonal), sin embargo, aunque tienen elementos comunes, no son lo mismo.

Por el primer término, de acuerdo con nuestro análisis, podemos entender el conjunto de condiciones que debe satisfacer un sistema político-jurídico para que se le tenga como mínimamente democratizado, esto es, con garantías suficientes para los sometidos a ese poder.

No basta, pues, el ejercicio del poder mediante la forma impersonal del funcionario. Se requieren una serie de características que, aunque varían de acuerdo con cada autor, por lo general coinciden en:

- a) Reconocimiento constitucional y en la práctica de derechos fundamentales y libertades políticas básicas.
- b) Supremacía de la ley como expresión de la voluntad popular.
- c) Separación real de los poderes del Estado.
- d) Actuación de los funcionarios públicos con apego a la ley.
- e) Penalidad restrictiva respetuosa de los derechos humanos.

Finalmente, recordemos que, aunque el Estado es una ficción creada por el discurso jurídico y que el Estado de derecho puede no ser sino la forma de nombrar la efectividad del mismo, políticamente existe la distinción entre un sistema normativo hegemónico y un sistema con las características arriba enunciadas.

#### 4. Derecho, Género y Violencia

El que exista una seguridad adecuada, tanto a la convivencia familiar, como a la convivencia social, es un reclamo compartido entre el grueso de los ciudadanos. Tanto en las encuestas y los estudios de opinión, como en las peticiones de campañas electorales, la seguridad pública aparece como demanda ciudadana prioritaria, sobre todo a raíz del aumento del número de secuestros, los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y la cada vez mayor presencia de vendedores de droga en las inmediaciones de los centros escolares.

En cuanto al homicidio y las lesiones, podemos decir que constituyen dos de las preocupaciones más importantes de cualquier persona. En los casos en que se comete el acto humano de matar, dado que son algo que niega, de un modo irreversible – y aparentemente irracional – el derecho universal a la conservación de la vida, existe una generalizada, aunque no unánime (debido a la pluralidad de los sistemas normativos y de valores), aversión popular hacia los mismos.

No obstante, el acto de quitar la vida a un ser humano no es, en esencia, algo negativo, ya que esto sólo es un *juicio*, una valoración, que depende tanto de la época y el lugar, como de la intención y subjetividad de quien lo formula. No existe la experiencia de que la negatividad atribuida al acto sea algo permanente, por lo que resultaría falso afirmar lo contrario.

Al mismo tiempo, argumentamos que no es unánime el rechazo, o la repulsión hacia el hecho de matar, básicamente porque siempre existen grupos sociales con sistemas de valores diferentes y formas alternativas de solidaridad que lo permiten o fomentan. Cuestión, la del *pluralismo jurídico* (coexistencia en el tiempo y en un mismo territorio, de dos o más sistemas normativos) sobre la que ahora no habremos de profundizar.

En algunos colectivos, conformados principalmente por varones y en especial cuando éstos han sido testigos u objeto de violencia doméstica, provienen de clases bajas, son jóvenes y carecen de una sólida formación educativa e integración familiar, el cometer un acto violento, incluso un acto homicida, no necesariamente es visto como algo negativo, sino que, por el contrario, *puede ser* valorado como algo positivo, como una muestra de lo que es “hombría”.

La relación violencia-indefensión que muchas veces se presenta en el hogar o núcleo familiar, puede provocar que algunos menores que han sufrido la condición de víctimas o la condición de observadores de procesos recurrentes de victimización, desarrollen algunas de las siguientes tendencias:

- a) Que se acostumbren a la convivencia violenta y se representen ideológicamente las agresiones, físicas y/o psicológicas, como agresiones legítimas y merecidas (castigo).
- b) Que ajusten su conducta a comportamientos rebeldes, como una forma encubierta de protesta.

- c) Que se introduzcan en el consumo de alcohol y drogas, como un medio de escape a las tensiones cotidianas.
- d) Que egresen, de manera temporal o definitiva, del domicilio familiar, buscando alejarse del agresor y del escenario en donde éste desenvuelve su actuación.
- e) Que desarrollen trastornos psicológicos, mismos que probablemente los llevarán a convertirse en victimarios.

El egreso, si es temporal, si no existe una ruptura total de la dependencia (afectiva y económica) y relativamente se mantiene la unidad familiar, provoca que a los menores que egresan se les asigne, antropológica y sociológicamente, la categoría de *niños en la calle*, debido a que la mayor parte del día permanecen fuera del hogar.

Situación que se presenta cuando los menores, debido a la inestabilidad económica familiar o a la falta de un sustento propio, tienen que salir a trabajar, o cuando prefieren la compañía de amigos por encima de la compañía de familiares.

Una situación distinta es cuando el menor opta por el egreso definitivo, lo que equivale al abandono permanente del hogar. Hecho que se presenta cuando el medio intrafamiliar es violento (agresiones verbales, maltrato físico, abuso sexual) y el menor carece de los elementos (capacidad de adaptación, madurez mental) para aliviar o soportar ese modo de vivir.

Con el transcurrir de los días, si es que antes no los encuentran, son objeto de agresión o les ocurre un accidente, estos menores se adaptarán a las condiciones de vida en la calle. Se unirán a algún grupo, pedirán dinero, posiblemente se dedicarán a trabajar, a robar (lo que los convertiría en menores infractores y, eventualmente, si no reciben apoyo institucional, en delincuentes) o a la prostitución.

Esto último, sobre todo en el caso de las menores, dado que la prostitución masculina, debido a cuestiones culturales, no está tan desarrollada como la femenina. Así mismo, muy probablemente adquirirán algún vicio, particularmente en lo que se refiere al consumo de alcohol, marihuana y el uso de inhalantes (activo, thinner, cemento, solvente pbc).

Estos menores, a diferencia de los que egresan de su hogar de forma temporal, reciben la categoría de *niños de la calle* (aunque ambos en la actualidad son catalogados como *niños en situación de calle*), pues la totalidad del día permanecen fuera, se valen por sí mismos y sólo en algunos casos reciben atención y cuidados (alimentación, alojamiento, atención médica, educación y entretenimiento) por parte de albergues gubernamentales o de ONG's.

En relación con esto, Alejandro Gertz Manero, secretario federal de Seguridad Pública, afirmó que "El nivel de adicción a las drogas entre niños y adolescentes se ha convertido en la amenaza más grande para la sociedad mexicana"<sup>5</sup> Lo anterior, dicho

<sup>5</sup> ZUÑIGA, Juan A. y DÁVALOS, Renato. "Drogadicción entre niños y jóvenes, la mayor amenaza para la sociedad: Gertz", en *La Jornada*. México, 6 de julio de 2001. p. 3.

ante diputados de las comisiones de Gobernación y de Seguridad Pública, a los que les enfatizó que “el aumento de la drogadicción entre los jóvenes, asociado a la delincuencia, se ha convertido en ‘el tema de todos los temas en materia de seguridad pública’”<sup>6</sup>

La falta de atención y el relativo abandono de los padres, la violencia intrafamiliar, la pobreza y las frustraciones recurrentes pueden ser causa de que los menores sientan la necesidad de alejarse de su ámbito familiar. Una vez en la calle muy probablemente acostumbren el consumo de drogas y experimenten, además de la exclusión social, nuevos procesos de victimización, lo que los puede conducir a la adopción de conductas ilícitas como forma de supervivencia.

### 5. La Formación del Agresor: Elementos Psicológicos y Sociales

Otra situación muy vinculada con las anteriormente descritas, pero que se llega a presentar aun cuando los menores no egresan de su hogar, es cuando éstos – principalmente los varones –, al ser víctimas o testigos de violencia intrafamiliar, desarrollan trastornos psicológicos que, eventualmente, puede conducirlos a adoptar la posición de victimarios.

Cuando esto sucede, es factible suponer que buscarán ampararse en su condición de *género* (conjunto de atribuciones simbólicas presuntamente derivadas de la diferencia sexual), en sus relaciones de parentesco, o en la idea de que el castigo corporal es un factor correctivo y disciplinario, para tratar de justificar su comportamiento violento.

Al respecto, de acuerdo con Teresita Gómez de León, secretaria técnica de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), 75 por ciento de las mujeres del mundo son víctimas de alguna forma de maltrato. En México, según la misma fuente, entre 1990 y 1996 se registraron alrededor de 500 mil casos de maltrato físico a personas del sexo femenino.<sup>7</sup>

El abuso sexual, la discriminación, el maltrato físico y la violencia psicológica, son prácticas que cotidianamente sufren la mayor parte de las mujeres. Otras prácticas menos frecuentes, pero de mucha mayor gravedad, son el homicidio, el secuestro y la violación.

En promedio, de cada cien personas que han sido víctimas de homicidio intencional en el Distrito Federal, 20 son mujeres, de acuerdo con datos de la Comisión Mexicana por la Defensa de los Derechos Humanos (CMDDH). Información de la institución señala que entre 1930 y 1995 la proporción de personas del sexo femenino asesinadas aumentó de 6.3 a 20.4 por ciento. No obstante, la impunidad por este tipo de delito favorece más a los hombres que a las mujeres.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> PARRA, Arturo. “Inauguran primer Albergue Temporal para Mujeres Víctimas de Violencia Intrafamiliar”, en *El Nacional*. México, 16 de julio de 1997, p. 29.

<sup>8</sup> ELIZALDE, Triunfo. “CMDDH: mujeres, 20% de las víctimas de homicidios en el Distrito Federal”, en *La Jornada*. México, 30 de enero de 1998, pp. 68 y 56.

Como se sabe los hombres cometen muchos más homicidios que las mujeres, pero la discriminación judicial, producto de la discriminación de género y de la construcción social del varón como figura dominante, provoca que a los hombres se les juzgue, social y jurídicamente, con menos dureza. Finalmente, existe una cultura donde el hombre es “hombre”, cuando no reúne las supuestas debilidades físicas y emocionales de la mujer. Pero, ¿cómo se construye esta noción de hombría? ¿Por qué las conductas violentas pueden ser vistas, especialmente entre los jóvenes, como muestras de la misma? Para dar respuesta a estas cuestiones partamos de los siguientes hechos:

1) En la actualidad, el crecimiento de la población en edades de trabajo (entre 15 y 64 años) se ve dominado por la inercia del crecimiento demográfico del pasado, lo que provoca que el grupo poblacional que abarca a los adolescentes (de 15 a 19 años) y a los jóvenes (de 20 a 24 años) sea, además de uno de los de mayor peso demográfico, uno de los principales afectados por las crisis del mundo de trabajo y del Estado asistencial.

2) Muchas de estas personas no asisten, por desidia o por falta de oportunidades a establecimientos educativos acordes con su edad (niveles medio superior y superior), ni tampoco consiguen empleo, o al menos no consiguen uno bien remunerado o que ofrezca oportunidades reales de superación, debido a su falta de capacitación y experiencia productiva y a los actuales procesos de precarización laboral.

Los jóvenes, ante estas circunstancias, enfrentan un *proceso de exclusión económica y social*, debido a que no tienen “nada que hacer”, puesto que no estudian ni trabajan. La exclusión, derivada del bloqueo de los canales de integración tradicionales; la falta de autoestima y de una identidad propia; la escasa e inadecuada atención de los padres; la facilidad con la que se pueden adquirir armas o drogas; y el deseo, por demás legítimo, de mejorar sus condiciones de vida, pueden provocar que algunos jóvenes se desvíen de la sociedad formal y formen parte de colectivos con sistemas normativos alternos.

Una vez que son parte de estos grupos readaptan sus valores y márgenes de conducta establecidos, y ajustan su comportamiento conforme con cierta imagen masculina dominante, en la que suelen asociar la figura del varón con aspectos como la fuerza, la valentía, la seguridad, la agresividad y el poder. Un hombre, un “verdadero hombre”, tiene, casi por consecuencia ineludible, la necesidad de enfrentar cotidianamente retos e insultos para probar su hombría, incluso a costa de poner en riesgo la vida de otros o su propia vida.

En síntesis, según lo argumentado, la formación psicosocial del agresor depende de los diferentes escenarios en los que interactúa y en los que se desarrolló, tanto por el tipo de normas y valores que le fueron inculcados, como por la forma en que éstos fueron comprendidos. La identificación con lo prescrito normativamente depende, precisamente, de la interpretación que hace el individuo, con o sin presión externa, de los sentidos deóntico e ideológico de los diferentes discursos prescriptivos.

### Comentarios Finales

Los hombres, a pesar de la discriminación social y judicial en contra de las mujeres, misma que en otros trabajos hemos analizado, cometen más actos delictivos y de carácter más violento que su contraparte femenina. Hecho que, a pesar de ser una constante histórica y una característica común en casi todas las sociedades, no es posible atribuir a su naturaleza y fuerza física, sino a la forma en que han sido culturalmente educados.

Para nosotros, parte de esta formación se ha dado en lo que hemos llamado *subcultura de la violencia*, definida como sistema normativo dominado cuyas prescripciones se oponen, en materia del uso de la violencia física, a lo permitido por el sistema normativo hegemónico.

Los grupos que, en términos generales, controlan el poder económico, político y militar de una sociedad crean, con el objetivo de reproducir legítimamente este poder, un sistema normativo acorde con sus intereses, el cual, cuando logra efectivamente imponerse, recibe las categorías de derecho, derecho positivo o Estado.

Dentro de las normas que contiene o que se interpretan del discurso del derecho existe la prescripción que restringe el uso legal y, por ende, legítimo, de la violencia física a unas personas a las que se les define como funcionarios públicos. El ejercicio de la violencia por parte de estas personas, a las cuales se les ha investido jurídicamente con poder, recibe, dentro de lo que llamamos *discurso jurídico oficial o cultura de la legalidad*, la calificación de “aplicación de la justicia” o “defensa del Estado de derecho”.

Nosotros cuando hablamos de la violencia doméstica y social no la confundimos con la violencia que ejercen los funcionarios, debido a que ésta, salvo la opinión contraria de un juez autorizado, es jurídicamente permitida. Avalada, precisamente, por el discurso que adjudica a esas acciones el carácter de preventivas o punitivas de una acción no permitida. Es decir, la violencia autorizada es ejercida para prevenir o castigar el ejercicio no autorizado de la violencia.

Finalmente, la distinción entre público y privado, entre aplicación del derecho y conducta punible, es, en un gran número de ocasiones, una cuestión arbitraria de quienes ejercen el poder, de quienes dictan e interpretan el derecho. Sin embargo, aunque es un funcionario el que dicta las facultades de otro funcionario, éstos no cuentan con la libertad de convertir en derecho todo lo que a su interés conviene.

El poder con el que cuentan es, al mismo tiempo, otorgado y acotado por el discurso del derecho. Formalmente la cuestión es así, aunque sabemos que en la práctica existen intereses económicos y políticos que influyen o determinan, tanto la creación, modificación y derogación de leyes, como el sentido de la interpretación que sobre las mismas se hace.

Los ciudadanos, en este sentido, cuentan con fuertes limitaciones en lo que al uso de la violencia física se refiere, aunque, en la práctica, imponen y sufren castigos sin estar autorizados para ello. Los padres, por ejemplo, en algunos casos acostumbran

“educar” y “corregir” a sus hijos mediante golpes, insultos, privación de alimentos o algunas otras actitudes denigrantes.

Sin embargo, si el daño provocado es temporal, no existe denuncia, no se consideran lesiones graves, no provoca trastorno psicológico y se justifica por ser un castigo “merecido”, entonces jurídicamente no existe violencia doméstica o intrafamiliar, sino el ejercicio del derecho que tienen los padres de educar y sancionar a sus hijos de la forma que consideren más conveniente.

Cuando la violencia se da entre ciudadanos que no comparten lazos consanguíneos o habitan un mismo hogar nos referimos entonces a la violencia social. Tanto una como la otra, son penalmente castigadas, no sólo porque atentan contra la integridad de los individuos, sino porque evidencian la inefectividad preventiva del derecho.

La educación, en este sentido, se constituye como el medio más eficaz para concientizar a los ciudadanos respecto de las “bondades” de obedecer el derecho. Las personas, salvo legítima causa, como la defensa de su propia vida, no deben atentar contra la integridad física y psicológica de ningún ser humano, independientemente de las características de éste o de la “buena intención” del agresor.

En la medida en que la violencia doméstica y social se mantengan como prácticas recurrentes, no sólo regularizarán en los hechos lo que es discursivamente prohibido, sino que posibilitarán que la violencia se convierta en el medio más usual por el cual se busca suprimir lo diferente. La cuestión no es que nadie tenga derecho a castigar, sino que realmente nadie tiene derecho a decidir quién tiene ese derecho.

## **INTERVENCIONISMO ESTATAL E MODELO SINDICAL**

Flávio Antonello Benites\*

**RESUMO:** O artigo trata da evolução do Direito Coletivo do Trabalho na Europa, no contexto da chamada globalização econômica. Busca-se identificar o papel concretamente desempenhado pelas formas de intervenção estatal na regulamentação do fenômeno sindical, comparando-as com as existentes no Direito brasileiro. Contribuir ao debate instaurado com vistas à superação do modelo corporativista, ainda vigente no Brasil, é o principal objetivo deste trabalho. Para isto, o texto apresenta um estudo sobre as possibilidades de construção de um novo garantismo social, que nos marcos do Estado democrático de direito possa ter aplicação às relações de trabalho, dotando-as de efetiva proteção jurídica.

### **Introdução**

Este estudo tem como finalidade apresentar de maneira sistemática algumas reflexões sobre o recente desenvolvimento do Direito Coletivo do Trabalho no âmbito dos países que compõem a União Européia. O objeto da pesquisa focaliza aqueles aspectos que podem interessar ao debate no contexto brasileiro. Sempre que possível, serão formuladas análises comparativas entre o que ocorre na Europa e a realidade nacional.

O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, examina-se as peças que conformam o Direito Coletivo do Trabalho e sua concreta incidência, tanto do ponto de vista legal, como no que se refere à praxis dos agentes sociais para sua aplicação. Um item específico está dedicado à crítica do modelo sindical brasileiro, com ênfase no papel desempenhado pelas diversas formas de intervenção estatal em sua definição.

A segunda parte do texto está dedicada ao exame das diversas formas de intervenção normativa do Estado nas relações coletivas de trabalho. Trata-se de um estudo teórico que pretende estimular a discussão do tema na perspectiva de uma superação do modelo corporativista brasileiro.

A revisão de alguns conceitos fundamentais, como também sua crítica e a busca de novos parâmetros de regulação jurídica são tarefas essenciais para a democratização do sistema de relações de trabalho no Brasil. Este estudo pretende ser apenas mais uma pequena contribuição às discussões que os operadores do direito vêm realizando em nosso país ao longo dos últimos anos, especialmente, a partir da redemocratização nos anos 80 e, notadamente, ante as perspectivas abertas pela Constituição Federal de 1988.

\* Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Atualmente, cursa o doutorado em Direito do Trabalho na Universidade de Bremen-Alemanha.

A bibliografia relacionada ao final indica apenas os livros e artigos que apoiaram a elaboração do texto, prescindindo de obras que, embora tratem do assunto, não foram consultadas ou não serviram de referência direta à pesquisa. As citações ao longo do texto indicam concretamente em que pontos o suporte bibliográfico foi utilizado<sup>1</sup>.

## 1. O Direito Sindical num Contexto de Globalização

O trabalho e sua regulamentação jurídica passam por um rápido processo de transformação. Isto ocorre, tanto no mundo industrializado, como nos países em desenvolvimento. Negar tal evidência significaria negar também as profundas mudanças ocorridas em consequência da internacionalização dos mercados, dos avanços tecnológicos e do surgimento de novas formas de organização do trabalho. Todos estes aspectos incidem diretamente sobre o Direito do Trabalho, quase sempre em clara confrontação com suas estruturas legais e conceituais. Especialmente as grandes empresas gozam da possibilidade de atuar – em larga escala – em espaços sociais que escapam à regulamentação dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Estas mudanças provocadas pelo chamado processo de globalização econômica (BECK, 1997) – de intensidade variável em cada país – atuam sobre estruturas sociais e modelos legais dotados de uma grande força de conservação. O panorama atual das sociedades industrializadas não demonstra, no entanto, o abandono do modelo fordista de produção, nem indica a desapareição do trabalhador típico. Pelo contrário, a diversidade e convivência de diferentes modelos ou sistemas de organização da produção e do trabalho constituem a característica central de grande parte desses países na atualidade.

Verifica-se uma situação que poderíamos definir como de permanente transição, entre velhas e novas formas de organização do trabalho e, paralelamente a isto, surgem novas formas de relações econômicas entre as empresas. Ao mesmo tempo, novas tecnologias de produção colocam em xeque as legislações nacionais (e também as cláusulas dos contratos coletivos) moldadas para o padrão fordista, até então absolutamente hegemônico. O binômio *modernização-conservação* é assim uma noção essencial para o correto diagnóstico do que atualmente ocorre na Europa em matéria de relações de trabalho.

No que se refere diretamente ao Direito Coletivo do Trabalho<sup>2</sup>, em seus aspectos formais, as mudanças fundamentais não têm sido profundas, ao menos no âmbito daqueles países em que pratica-se a liberdade sindical. Abordaremos aqui as mudanças mais importantes que vêm ocorrendo nos países da União Européia, sobretudo no que

<sup>1</sup> Nas referências bibliográficas ao longo do texto aparece, junto ao nome do autor citado, entre parêntesis, o ano de publicação da obra referida, a fim de permitir sua identificação entre os trabalhos relacionadas ao final. Quando necessário, a referência é complementada através de notas.

<sup>2</sup> As expressões Direito Coletivo do Trabalho e Direito Sindical serão aqui utilizadas como sinônimos.

diz respeito à organização sindical, à representação dos trabalhadores na empresa, à negociação coletiva e às formas de solução de conflitos. O elemento de conexão entre estes temas é o papel concretamente desempenhado pelos Estados nacionais na regulação das relações coletivas de trabalho. Com este pano de fundo busca-se dotar o estudo de uma unidade que propicie a contraposição das diversas experiências apresentadas ao caso brasileiro.

A relativa estabilidade dos modelos europeus de relações industriais<sup>3</sup> não significa que as novas formas de trabalho e de emprego deixem de causar efeitos importantes sobre a concreticidade das relações de trabalho<sup>4</sup>. É necessário frisar que sindicatos, comissões de fábrica, empresas e associações patronais estão sendo obrigados a alterar suas práticas e também seus instrumentos tradicionais de atuação (FRICKE, 1999).

A diversificação das formas de contratação individual, a ausência de perspectiva em torno a um emprego estável e o crescimento da especialização nas atividades a serem desempenhadas pelo trabalhador são fatores que alteram de modo significativo a organização do trabalho (SCHMIDT, 1999)<sup>5</sup>. Por outro lado, as transformações na estrutura econômica das empresas (concentrações, fusões, grupos de empresa, etc.) demandam um novo marco jurídico de regulação, que possa fazer frente à maior concentração de poder resultante deste processo.

No entanto, apesar da envergadura de tais mudanças, não se pode afirmar que exista uma crise dos modelos de relações industriais baseados na liberdade sindical, nem mesmo do papel de representação neles atribuído aos sindicatos. Os instrumentos de ação coletiva – entre estes, especialmente, a representação dos trabalhadores na empresa e a negociação coletiva – seguem sendo amplamente praticados. Pode-se afirmar que, nos países da União Européia, as organizações coletivas de empresários e trabalhadores continuam desempenhando papéis fundamentais na definição das regras que organizam o mercado de trabalho e suas condições específicas<sup>6</sup>.

As funções que vêm sendo desempenhadas pelos agentes sociais não diferem muito de suas atividades originárias. Na verdade, o que ocorre é que sindicatos e associações empresariais vêm adaptando-se às novas demandas que passam a ocupar o cotidiano das relações de trabalho. Tanto os sindicatos como as empresas seguem ativos

<sup>3</sup> Da mesma forma, o conceito de modelo ou sistema de relações industriais tem, neste trabalho, significado idêntico a modelo ou sistema de relações de trabalho.

<sup>4</sup> Aqui encontram-se os fenômenos de retrocesso do setor industrial e crescimento do setor de serviços, a incidência das tecnologias da informação, a propagação do trabalho temporário, o uso de formas de contratação atípica ou precária, os postos de trabalho criados com incentivos ou subvenções públicas, o trabalho autônomo e o desemprego.

<sup>5</sup> Ver os artigos de SCHMIDT e de SMITH & ELGER in: PRIES & de la GARZA (1999, pp. 241-303).

<sup>6</sup> É importante, no entanto, ressaltar a particularidade do caso britânico. Conforme MARSH (1992), houve na Inglaterra, nas últimas décadas, um significativo enfraquecimento dos sindicatos, o que pode ser comprovado pela perda de importância da negociação coletiva e por uma crescente individualização das relações contratuais. Isso tudo, basicamente, como consequência da atuação política dos governos conservadores.

no exercício da autonomia coletiva, com maior ou menor poder de fogo, dependendo do contexto específico do setor ou região onde atuam. Atualmente, a representação de interesses coletivos nos países europeus denota maior complexidade. Os próprios interesses coletivos mostram-se mais fragmentados e heterogêneos do que no passado. Neste cenário, a busca de equilíbrio social continua exigindo sujeitos coletivos dotados de efetiva representatividade. E que esta seja traduzida em formas de atuação concreta incorporando contingentes até então excluídos da ação sindical e, por outro lado, mantendo a coesão de setores e indivíduos cuja inserção social encontra-se seriamente ameaçada.

Da mesma forma, os Estados nacionais também precisam do engajamento de agentes sociais efetivamente representativos, a fim de assegurar a estabilidade social obtida ao longo de décadas de crescimento econômico, acompanhado de políticas redistributivas sob regimes democráticos igualmente estáveis.

Como síntese deste panorama geral dos modelos de relações industriais europeus pode-se afirmar que as principais transformações das relações coletivas de trabalho evidenciam os seguintes fenômenos:

- uma certa estabilidade do papel institucional de representação reconhecido pelo Direito Sindical de cada país aos sujeitos coletivos;
- a crescente adaptação dos organismos de representação coletiva às novas exigências e à diversidade de situações profissionais e de desemprego;
- a continuidade da negociação coletiva, de setor e por empresa, como mecanismo fundamental na definição de salários e condições de trabalho;
- surgimento de novos espaços sociais e de formas de trabalho que escapam à regulação da lei estatal e também das normas oriundas da negociação coletiva;
- a prevalência dos modelos nacionais de relações de trabalho e de suas normas jurídicas sobre as instituições oriundas do Direito Comunitário, em face do incipiente processo de criação destas últimas.

## **2. A Configuração dos Agentes Sociais e seu Papel**

É verdade que as mudanças estruturais que vêm ocorrendo no mercado de trabalho ao longo dos últimos anos trazem como consequência um certo enfraquecimento das formas de ação coletiva, com diminuição dos índices de sindicalização em alguns países. As entidades patronais parecem, por outro lado, contar com um volume mais estável de filiação, embora também ocorram variações importantes de um país a outro<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> As formas de aferição da representatividade sindical não estão baseadas exclusivamente no critério associativo, o que será examinado nos itens relativos à organização sindical e à autonomia coletiva.

Outro aspecto relevante na configuração recente dos modelos europeus de relações industriais é o que diz respeito ao papel institucional que vem sendo desempenhado por sindicatos e associações patronais. Trata-se de uma tendência quase generalizada que se traduz nas várias formas de diálogo social, em regra, de caráter tripartite em sua origem. No entanto, já não se trata de negociações macro-sociais de âmbito geral, mas de canais de discussão de assuntos específicos, que podem acabar ou não em acordo, sem que essa prática comprometa os agentes sociais com as políticas mais gerais levadas a cabo pelos governos com quem negociam. Os compromissos assumidos são pontuais e limitados aqueles temas objeto de discussão. A regulamentação dos contratos a tempo parcial e o sistema de formação profissional contínua<sup>8</sup> são, no caso espanhol, bons exemplos a respeito. Estes mecanismos transcendem a conhecida noção de pacto social para englobar formas de participação institucional e canais de consulta reconhecidos legalmente aos agentes sociais, ou implementados mediante iniciativa política dos poderes públicos, que buscam assim dotar suas decisões de maior legitimidade social.

Por outro lado, parece cada vez mais claro que a política empresarial que busca debilitar a atuação sindical nas empresas gera mais problemas do que vantagens para o empresário. Os custos podem ser mais elevados em consequência da ausência de um interlocutor coletivo eficaz do lado dos trabalhadores. Tais custos podem ser medidos pela inviabilização de certos projetos, conflitos desnecessários, paralisações no trabalho, danos à imagem da empresa, não cumprimento de prazos na entrega de produtos, perda de qualidade e de competitividade, problemas com o consumidor, etc.

Até o presente não há qualquer evidência empírica que aponte alguma nova forma de representação de interesses coletivos que possa de fato competir com os sindicatos. Mesmo porque, estes começaram a abrir-se e a estender suas atribuições e metas em direção à formas atípicas de contratação, como por exemplo, ao trabalho autônomo, à representação da mão de obra de terceiros, aos estudantes-estagiários e bolsistas (em face do problema do desemprego juvenil massivo) e aos próprios desempregados. A evolução mais recente dos sindicatos tem sido pautada pelo esforço para incorporar novos coletivos e novas demandas, o que conduz a uma maior abertura à distintas dimensões dos novos movimentos sociais (jovens, ecologia, mulher, estudantes, imigrantes, trabalhadores clandestinos).

As associações patronais seguem desempenhando um importante papel nas esferas de regulação do mercado de trabalho, tanto através da autonomia coletiva (negociações com governo ou sindicatos), como atuando no sentido de regular a concorrência entre os próprios agentes econômicos. O surgimento de novas empresas, muitas delas com reduzido número de empregados, mas com expressivo volume de negócios e, por outro lado, a aparição de novas formas de inter-relação empresarial são

<sup>8</sup> Para um estudo detalhado a respeito do sistema de Formação Profissional Contínua na Espanha, implementado através da negociação coletiva, ver SCHULTZ (1998).

aspectos que desafiam a representatividade associativa. São comuns os casos de empresas que desfiliam-se das associações patronais, embora até o presente também não se tenha notícias de novas fórmulas de organização que constituam-se em alternativa às associações patronais já existentes.

Em alguns ordenamentos jurídicos nacionais as entidades patronais e também os sindicatos de trabalhadores estão protegidos por mecanismos jurídicos que asseguram a obrigatoriedade na aplicação dos contratos coletivos aos empresários não organizados e àqueles trabalhadores que igualmente não estão filiados a nenhum sindicato. É o chamado efeito *erga omnes*, previsto pela legislação espanhola em prol dos instrumentos negociados legitimamente por sindicatos e associações patronais mais representativos. Outras técnicas jurídicas também previstas legalmente para este fim de ampliação ou generalização da área de cobertura dos contratos coletivos são os institutos da extensão<sup>9</sup> e da adesão, embora deva-se dizer que sua incidência prática é bastante reduzida.

Como síntese, é possível afirmar que na Europa as mudanças experimentadas por capital e trabalho e suas respectivas organizações de classe são decorrência da crescente internacionalização da economia e de seus efeitos colaterais. Ao mesmo tempo, tais mudanças inserem-se no lento processo de construção de diversos âmbitos supranacionais de atuação, que correspondem ao redesenho institucional levado a cabo no âmbito do Direito Comunitário Europeu.

Este encadeamento de fatores não significa a falência dos atuais sistemas nacionais de relações industriais. Pelo contrário, os princípios de liberdade e autonomia sindical, os mecanismos de proteção à negociação coletiva e os instrumentos que dela decorrem seguem sendo peças-chave na dinâmica das relações de trabalho. Tampouco há sinais de desaparecimento do conflito, que ressurgue sob novas formas e amplia-se à outras parcelas da população, que até então estiveram à margem de qualquer proteção jurídico-formal.

### 3. A Organização Sindical

O elemento central que define a tipologia do sindicatos europeus é a liberdade de organização, reconhecida nos termos da Convenção 87 da OIT, aprovada sem exceção, por todos os países membros da União Européia. Este conceito básico, incorporado pelas respectivas legislações nacionais, tem correspondência, no que diz respeito à organização da sociedade, na fórmula constitucional tipificada pelo Estado democrático de direito.

<sup>9</sup>O mecanismo da extensão dos efeitos dos contratos coletivos aplica-se à esferas onde verifica-se particular dificuldade de negociação. É bem verdade, porém, que esta prerrogativa governamental é muito pouco utilizada na prática. De qualquer modo, a extensão – quando utilizada – opera sobre os conteúdos fixados pela própria negociação coletiva, estendendo-os, e nunca sobre bases de regras criadas arbitrariamente pelo governo.

Todos os particularismos próprios da organização social totalitária, aplicados sob regimes ditatoriais através dos modelos corporativistas de relações de trabalho foram superados, tanto no plano legal, como na dinâmica das relações coletivas de trabalho<sup>10</sup>. Os modelos de organização sindical concretamente praticados na Europa, no entanto, não são idênticos havendo importantes diferenças quando comparados entre si. Em regra, os sindicatos estão organizados nacionalmente, por ramo de atividade econômica. Seu enquadramento é voluntário e, salvo em algumas empresas públicas nacionais, que atuam em regime de monopólio<sup>11</sup>, não existem sindicatos de empresa.

Em alguns países o sindicato identifica-se com a própria central sindical. Isto significa uma vinculação orgânica – o sindicato é parte da central – e não uma filiação a esta. É o caso dos sindicatos italianos, franceses e espanhóis, por exemplo. Na Alemanha, os sindicatos nacionais de setor estão voluntariamente filiados à central única – DGB<sup>12</sup> – o que indica um modelo organizativo diverso daquele antes mencionado. As origens destes modelos encontram-se nas circunstâncias históricas vividas em cada país. Aqui importa ressaltar apenas que, no caso alemão, temos um sindicalismo unitário, enquanto que na Itália, na França e na Espanha pratica-se o chamado pluralismo sindical.

Nestes países em que há pluralismo sindical tornou-se imprescindível o recurso à técnicas de aferição da representatividade destinadas a garantir a legitimidade dos sujeitos coletivos e a dimensão subjetiva de sua ação. Tais técnicas de aferição servem para identificar os agentes, medir sua real capacidade de representação, assegurar a legitimidade de suas decisões e garantir sua aplicação a todos os trabalhadores, filiados ou não ao sindicato. A incorporação de tais princípios ao ordenamento jurídico, em especial, o que se refere à noção de sindicatos mais representativos, permite assegurar os instrumentos apropriados à sua legitimação para o exercício da negociação coletiva, bem como estabelecer critérios para a participação dos sindicatos mais importantes nos órgãos institucionais onde é prevista sua atuação<sup>13</sup>.

Ainda quanto a este modelo, é preciso frisar que a experiência vem demonstrando ser plenamente possível alcançar-se a unidade sindical no contexto do pluralismo organizativo. O amadurecimento das centrais sindicais e a necessidade de enfrentar o processo de globalização da economia tem permitido que, desde posições políticas que respeitam a autonomia de cada entidade, os diversos sindicatos unifiquem suas estratégias

<sup>10</sup> Ver item 8: “Os diferentes modelos de intervenção estatal”, *infra*.

<sup>11</sup> É o caso, por exemplo, dos Correios e das empresas ferroviárias, que, em praticamente todos os países têm seus trabalhadores organizados por sindicatos nacionais que atuam exclusivamente no âmbito empresarial.

<sup>12</sup> Esta central sindical representa hoje a 8,3 milhões de trabalhadores, filiados a seus 13 sindicatos membros. O princípio organizativo adotado é o de sindicatos nacionais de âmbito setorial e não por profissão ou categorias.

<sup>13</sup> A respeito da aplicação legal do conceito de sindicatos mais representativos no direito espanhol, ver BENITES (1997, pp. 103-117).

de ação ante o empresariado e também frente ao Estado<sup>14</sup>. A antiga vinculação política das centrais sindicais a um determinado partido político perdeu força, ou bem pela diluição destes, ou porque os “antigos aliados” chegaram ao governo e suas políticas concretas não foram assimiladas pelas bases dos sindicatos com os quais até então estavam identificados<sup>15</sup>.

Outro tema relevante no panorama organizativo dos sindicatos europeus é o processo de reenquadramento voluntário, que leva à fusões e à concentração de sindicatos. Isto ocorre porque os antigos “setores” ou ramos de atividade econômica (cuja densidade empresarial, inserção no processo produtivo e semelhança de atividades profissionais permitiram, no passado, que os sindicatos os utilizassem como referência para moldar sua organização) vêm sendo velozmente redimensionados pelas mudanças econômicas que afetam de modo especial os países industrializados.

Alguns exemplos concretos permitem compreender mais facilmente a dimensão do processo de reenquadramento sindical em andamento: na Espanha, CCOO passou de ter, no final do franquismo, 24 federações nacionais de setor para hoje ter apenas 14 e deve reduzir-se ainda mais para chegar a 12, num processo semelhante àquele desenvolvido por UGT. Na Alemanha, encontram-se em processo de unificação de suas estruturas 5 sindicatos nacionais: HBV (bancos e seguros), IG Media (comunicações, escritores), Post (correios), DAG (intercategorial de empregados “white collar”) e ÖTV (serviços públicos e transportes). Estes 5 sindicatos, uma vez unificados, formarão o que será o maior sindicato do mundo, cujo nome é VERDI: terá cerca de 3 milhões de associados e o início de sua atuação deve ocorrer ainda em 2001.

Os dados acima demonstram que os diversos modelos organização sindical não são eternos. E também fica claro que as mudanças em curso apresentam uma tendência convergente, seja o modelo sindical pluralista ou unitário. Em ambos os casos, é importante notar que o princípio de liberdade sindical que embasa o sistema não é posto em questão. Pelo contrário, é o fundamento que permite, no plano legal, as transformações necessárias ao fortalecimento das entidades.

A internacionalização das estruturas sindicais é outro assunto que ganha importância na agenda dos sindicatos europeus. A construção da União Européia e das

<sup>14</sup> A unidade sindical dentro do pluralismo é um fato consolidado na Espanha. Desde 1989 as duas principais centrais sindicais – CCOO e UGT – adotam uma política comum em suas plataformas de atuação e reivindicação nas negociações sociais com o governo e também por ocasião das negociações coletivas diante dos empresários. Isto, no entanto, não impede que as centrais preservem sua autonomia e muitas vezes assumam posturas antagônicas em momentos concretos. As eleições para escolha dos membros dos comitês de empresa são um exemplo de clara confrontação sindical, sem que isso implique a quebra de sua unidade em temas gerais e estratégicos.

<sup>15</sup> A grosso modo, o primeiro exemplo refere-se ao caso italiano, onde Partidos de esquerda antes importantes, com densa participação sindical, como o PSI e o PCI, simplesmente deixaram de existir ou retornam à cena política com novos nomes, programas e dirigentes. O mesmo vale para a Democracia Cristã, à exceção do designativo “de esquerda”, aplicável aos outros dois. O segundo exemplo diz respeito ao caso espanhol, onde o PSOE – que tinha na UGT um aliado sindical incondicional – após 14 anos de governo e duas reformas laborais “flexibilizadoras” perdeu suas sendas de identidade com aquela central.

instituições políticas que lhe correspondem acentua a demanda de organização dos trabalhadores também neste nível. As federações internacionais pré-existentes, por sua estrutura e finalidade, não podem dar conta do novo desafio. Tampouco as centrais nacionais ou sindicatos nacionais de setor – por mais poderosos que sejam – podem responder à tarefa de atuar em âmbito continental. Por isso, a CES – Confederação Européia de Sindicatos – decidiu em seu último congresso, realizado em 1999 em Helsinki, apostar pela construção de estruturas sindicais de caráter transnacional.

Este desafio envolve inúmeras dificuldades, que no entanto, não tem natureza jurídica. A autonomia de decisão prevista nos estatutos de sindicatos e centrais de âmbito nacional deverá, em boa medida, ser transferida a novos organismos de âmbito europeu. Neste ponto reside o principal obstáculo, pois o componente nacional é um elemento forte na estrutura sindical e não será fácil removê-lo no curto prazo. Esta transferência de poder sindical, do nível nacional para o europeu, também encontra paralelo na enorme resistência dos Estados nacionais, que precisam transferir progressivamente quotas de sua soberania aos organismos criados pelo Direito Comunitário. A recente reunião do Conselho Europeu, realizada em Nice (dezembro 2000) resolveu agendar o tema da repartição de competências entre Estados membros e União Européia para o ano de 2004. Até lá, debate-se o tema. O calendário sindical, por sua vez, não parece apontar soluções em prazo mais curto.

Esta necessidade de reorganização das estruturas sindicais em nível europeu vem acompanhada da discussão em torno à europeização dos modelos nacionais de relações de trabalho (STREECK, 1999). A negociação coletiva ainda não é praticada na esfera transnacional, salvo algumas experiências piloto, cujo âmbito de aplicação é bastante reduzido. Os Comitês de Empresa Europeus<sup>16</sup> podem tornar-se um instrumento importante para que, na prática, os sindicatos nacionais disponham de um canal transnacional legalmente protegido para “europeizar” sua atuação (EBERWEIN, 1998). Este conjunto de elementos é ainda muito recente e os resultados de sua concreta implantação exigem tempo para que possam ser aferidos. De qualquer modo, já constituem indícios parciais dos novos caminhos que definirão o futuro da organização sindical.

A descrição realizada não sugere que os sistemas nacionais de liberdade sindical sejam perfeitos. Há importantes falhas e distorções que, em alguns casos, são corrigidas pela jurisprudência. Ainda assim, seguem existindo importantes disfunções nos modelos de representação sindical dos países europeus que, apesar disso, conseguem manter-se operativos e contribuem para a estabilidade das relações sociais e para a construção da cidadania.

<sup>16</sup> Cujo fundamento legal no Direito Comunitário encontra-se na Diretiva 94/45, de 22.09.94 e no âmbito nacional, nas respectivas leis de transposição do conteúdo desta Diretiva.

#### 4. A Representação dos Trabalhadores na Empresa

No que diz respeito à representação coletiva de interesses consolidou-se na Europa a figura dos comitês de empresa ou comissões de fábrica. Trata-se de organismos unitários, sempre eleitos diretamente por todos os trabalhadores de uma empresa, independentemente de estarem estes filiados ou não a algum sindicato. São uma peça chave nos sistemas dualistas de representação dos trabalhadores. Seus poderes legais de representação, bem como sua legitimação para a negociação coletiva na empresa vêm sendo gradativamente reforçados pelos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais.

Os diferentes sistemas legais estabelecem, além de suas competências e garantias de atuação, as formas de relacionamento entre tais organismos e os sindicatos. Em alguns casos, a lei fixa uma divisão de atribuições entre sindicato e comissão de fábrica, ou trata de assegurar a presença dos sindicatos nestes organismos, através de eleição direta de um percentual mínimo de seus membros para integrá-los.

Estas relações entre sindicatos e comitês de empresa variam de um país a outro. Em alguns casos, pode tornar-se conflitiva, em especial, no que tange à condução da negociação coletiva. Pode-se afirmar que não há um modelo único ou sequer preponderante na União Européia, no que se refere à forma de relação entre o sindicato e a representação dos trabalhadores na empresa. Entretanto, o caráter dual da representação no âmbito da empresa é um elemento comum a praticamente todos os modelos nacionais. Na Itália, o sistema dual assume caráter unitário, com a figura da RSU (Representação Sindical Unitária), estabelecida pelo Acordo Nacional de julho de 1993. Na Espanha, na França e na Alemanha, a representação segue sendo dualista e seus graus de conflitividade são absolutamente variáveis.

A seguir apresenta-se uma breve comparação entre o direito alemão e espanhol, no que concerne à figura da representação dos trabalhadores na empresa e seus fundamentos jurídicos. As identidades, mas também as divergências existentes entre estes dois modelos legais sintetizam, de certo modo, os debates políticos e os acúmulos normativos desenvolvidos até o presente em torno ao tema. Com esta síntese evidencia-se também o significado da referida dualidade da representação.

Em ambos os países, as eleições para o conselho/comitê de empresa são realizadas a cada 4 anos e sua composição está baseada no critério de proporcionalidade. Na indústria, os trabalhadores horistas e os empregados mensalistas estão representados no conselho de empresa com base no percentual que ostentam sobre o total de assalariados no estabelecimento. O número total de membros do conselho é determinado pelo número de trabalhadores na empresa.

De acordo com a lei alemã<sup>17</sup> devem ser criados conselhos de empresa em todos os estabelecimentos que possuam ao menos 5 trabalhadores. Já a legislação espanhola

<sup>17</sup>Lei Constitucional de empresa (*Betriebsverfassungsgesetz – BfG*), de 1972.

prevê a obrigatoriedade dos Comitês de Empresa naqueles estabelecimentos que tenham no mínimo 50 trabalhadores<sup>18</sup>.

Como visto, a figura correspondente aos conselhos de empresa alemães, no direito espanhol, é a dos comitês de empresa. As duas instituições são organismos de representação unitária dos trabalhadores no âmbito de cada empresa e ambas estão protegidas legalmente. As prerrogativas legais destes organismos, no entanto, não coincidem integralmente. Ao conselho de empresa (*Betriebsrat*) é reconhecida a capacidade para levar a cabo o sistema de co-gestão no estabelecimento, um elemento fundamental para a definição do modelo alemão de relações de trabalho. Isto significa, dentre outros aspectos, que o conselho de empresa possui não apenas direitos de informação, mas também direitos de veto e, sobretudo, direitos de co-gestão em matérias sociais e de condições de trabalho<sup>19</sup>.

Na Alemanha, somente os sindicatos podem celebrar contratos coletivos, o que limita neste aspecto as possibilidades de atuação dos conselhos<sup>20</sup>. Na Espanha, por outro lado, os comitês de empresa estão – junto aos sindicatos – legitimados legalmente para ser parte na negociação coletiva.

O caráter dual da representação dos trabalhadores na empresa refere-se à dupla representação neste âmbito: além do comitê de empresa, o(s) sindicato(s) tem também sua representação no local de trabalho. Os delegados sindicais, por sua vez, são eleitos exclusivamente pelos associados do sindicato e estão vinculados aos Estatutos e às diretrizes do mesmo. Embora a figura da representação sindical na empresa assuma contornos semelhantes nos dois países aqui analisados, seu status jurídico é bem diverso. Na Alemanha, a lei não prevê a figura dos delegados sindicais. Deste modo, sua proteção jurídica depende do que assegurem os contratos coletivos a respeito. Na Espanha, por outro lado, a Lei Orgânica de Liberdade Sindical institui a figura das Secções Sindicais na empresa e protege seus membros.

Na prática, nos dois países, o sindicato e a representação de empresa são figuras complementares. Deste modo, a dualidade na estrutura da representação não é um problema, pois existe uma estreita vinculação entre os conselhos ou comitês de empresa e os sindicatos<sup>21</sup>. O estatuto do IG Metall<sup>22</sup>, por exemplo, determina

<sup>18</sup> Estatuto dos Trabalhadores, de 1980. Vale notar que nos estabelecimentos que possuam um número de empregados entre 11 e 49 devem ser eleitos delegados de pessoal. Estes não constituem um Comitê de Empresa, mas possuem os mesmos direitos de representação.

<sup>19</sup> O sistema de co-gestão é, no entanto, mais complexo, não estando restrito ao papel a ser desempenhado pelo Conselho de Empresa. Para sua análise é preciso ter em consideração outras esferas, como de modo especial, as prerrogativas do Conselho de Administração (*Aufsichtsrat*). O tema escapa ao objeto deste trabalho. Para uma análise detalhada, ver DÄUBLER, 1998, pp.724-775.

<sup>20</sup> Zachert demonstra que esta restrição legal é, na prática, desobedecida. Isto porque, os conselhos de empresa, no exercício de seus direitos de co-gestão, podem firmar os chamados acordos de empresa (*Betriebsvereinbarung*). O conteúdo material destes acordos, em muitos casos, contraria o disposto nos contratos coletivos, o que é ilegal, mas ocorre. Cfr. ZACHERT (1998, pp.63-66).

<sup>21</sup> Na Alemanha, aproximadamente 80% dos membros dos Conselhos de Empresa são filiados a algum dos sindicatos da central sindical alemã DGB (cfr. ZACHERT, 1998, p. 81).

<sup>22</sup> IG Metall é a abreviatura do Sindicato dos Metalúrgicos da Alemanha, até aqui, o maior sindicato filiado à DGB. Este sindicato conta atualmente com 2,7 milhões de sócios.

que os membros do conselho de empresa filiados ao sindicato sejam também delegados sindicais.

A representação dos trabalhadores nas empresas públicas e nos organismos da administração estatal também está assegurada em lei. Sua regulamentação é procedida através de leis específicas, aplicáveis somente a este setor. A denominação dos organismos de representação neste âmbito difere do anterior e, além disso, as faculdades de negociação coletiva no âmbito da função pública são prerrogativa estritamente sindical<sup>23</sup>. Apesar destas limitações é importante o papel desempenhado por estes organismos de representação na função pública, na medida em que contribuem ao exercício da ação sindical num espaço em que a aplicação dos princípios e regras do Direito Administrativo dificulta a expressão dos conflitos inerentes ao trabalho subordinado.

Nos últimos anos os grupos de empresa passam a ter maior importância no mundo do trabalho e tornam-se objeto de sua regulação jurídica. Também a negociação coletiva levada a cabo nessas mega-estruturas empresariais aumenta sua incidência real. O Direito Comunitário Europeu já tratou de regular a figura dos comitês de empresa europeus, já mencionados. Esta norma não reconheceu faculdades de negociação coletiva a estes organismos. Ainda assim, ao não proibí-la e ao instituir mecanismos de informação e consulta obrigatória acabará seguramente fomentando a prática de negociações transnacionais, o que também exigirá, de parte dos sindicatos, uma profunda revisão de suas atuais estruturas nacionais, com seu conseqüente redimensionamento em âmbito continental (STREECK, 1999).

## 5. A Negociação Coletiva

Nesta esfera do Direito Coletivo do Trabalho vêm surgindo inovações importantes. No entanto, alguns elementos básicos conservam vigência praticamente em todos os países da União Européia. Da mesma forma que a liberdade sindical, o instituto da ultratividade das normas coletivas constitui-se num pilar básico do Direito Coletivo do Trabalho, tendo reconhecimento legal nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais. Em grande medida, a ultratividade cumpre um papel importante como válvula de estabilização do sistema, na medida em que assegura a continuidade da aplicação das cláusulas de conteúdo normativo às relações individuais de trabalho, mesmo após expirado o prazo de duração do contrato coletivo. Este mecanismo evita o vazio normativo que ocorreria no período de tempo entre o fim de um contrato coletivo e o início da vigência do seguinte. Desse modo, impede-se uma situação de desproteção geral dos trabalhadores em situações de difícil negociação, bem como reduz-se a pressão patronal sobre os sindicatos, no sentido de celebrar, às pressas, um acordo em bases inferiores ao previsto anteriormente.

<sup>23</sup> Sobre o tema da representação dos trabalhadores na empresa pública e seu direito de negociação coletiva na Espanha, ver BENITES (1997, pp.117 e 131-136). Para o mesmo tema perante o direito alemão, ver DÄUBLER (1998, volume 2, pp. 917-922).

Através dos instrumentos próprios à negociação coletiva vêm sendo introduzidas as modificações organizativas e estruturais mais necessárias no que diz respeito à regulação do mercado de trabalho e às condições específicas em que este último realiza-se nas empresas. De maneira esquemática, mencionaremos a seguir aquelas alterações que, verificadas recentemente, parecem ter maior relevância para os diversos sistemas europeus de relações industriais.

O campo de atuação da negociação coletiva está sendo ampliado a contratos diversos daqueles legalmente abrangidos pela legislação trabalhista: é o caso de autônomos, para-subordinados, sub-contratados, estagiários, estudantes-bolsistas, entre outros exemplos possíveis. Do ponto de vista de seu conteúdo material, a negociação coletiva já não limita-se aos temas clássicos, como salário e condições de trabalho. Passa a regular também esferas pouco regradas anteriormente, como as formas de organização do trabalho, a introdução de novas tecnologias, as metas a serem alcançadas, a definição dos locais ou unidades onde determinado produto será fabricado e a formação profissional<sup>24</sup>.

Também a relação jurídica entre a norma estatal e as regras oriundas da negociação coletiva vem sendo gradualmente modificada<sup>25</sup>. O caráter antes indisponível de uma extensa legislação tende a alterar-se substancialmente e com maior profundidade. O exercício da autonomia coletiva, nos modelos de liberdade sindical apoiados por uma legislação de sustento, privilegia os resultados alcançados pela negociação direta entre as partes. Assim, a tradicional relação de complementaridade entre lei estatal e norma coletiva passa a coexistir com relações outras, como são as de complementaridade e supletoriedade.

No modelo clássico de complementaridade, a lei estatal tem caráter indisponível e a norma coletiva somente pode melhorar as condições de trabalho, acrescentando direitos ao empregado. Já a relação de complementaridade é aquela em que a norma estatal abre espaço para que a negociação coletiva trate de determinados temas que não estão regulados em lei. Por fim, a relação de supletoriedade é aquela em que a norma estatal autoriza as partes a que, mediante negociação coletiva, regulem determinados temas de modo contrário à lei. Ou seja, nesta última hipótese, a lei estatal assume caráter dispositivo. Este é o caminho adotado para que a chamada flexibilização de direitos passe pelo crivo da negociação coletiva e, deste modo, possa ser controlada

<sup>24</sup> Ver DÄUBLER (1998, pp. 207-253), onde o autor faz uma extensa análise da evolução e das diversas possibilidades de matérias a serem objeto da negociação coletiva. Ver também ZACERT & OPPOLZER (2000).

<sup>25</sup> Sobre este tema, há três obras recentes que apontam a evolução conceitual e normativa, no caso espanhol. As reformas laborais de 1994 e 1997 trataram da questão em direções diversas, o que revela a complexidade das formas de relação entre norma estatal e norma convencional. Ver: RODRÍGUEZ-PIÑERO, VALDES DAL-RE E CASAS. *Estabilidad en el empleo, Diálogo Social y Negociación colectiva*. Madrid: ed. Tecnos, 1998; ROJO TORRECILLA (coord.). *Las Reformas Laborales de 1994 y 1997*. Madrid: ed. Marcial Pons, 1998; e também ALARCÓN e outros. *Las Reformas Laborales de 1997*. Pamplona: ed. Aranzadi, 1998.

pelos sindicatos. Trata-se de uma técnica que visa superar a criticada “rigidez legal”<sup>26</sup>. Ao mesmo tempo, a supletoriedade chama os empresários para que expressem suas demandas flexibilizadoras ante os sindicatos, ao invés de adotarem de modo unilateral as modificações necessárias à empresa<sup>27</sup>.

Entre os contratos coletivos de distinta abrangência territorial e pessoal acaba-se por fixar uma hierarquia que reconhece a prevalência dos instrumentos mais amplos sobre os mais restritos ou, ainda, a observância daquele que, em seu conjunto, resulte mais favorável ao coletivo de trabalhadores a que se destina. Este último aspecto denota outro de não menor importância, qual seja, o da descentralização crescente dos espaços e instrumentos da negociação coletiva (ZACHERT & OPPOLZER, 2000).

Esse movimento descentralizador tende a buscar formas e esferas mais dinâmicas e eficazes de operatividade. Isto, contudo, não significa o abandono de níveis mais gerais de negociação em favor puramente do âmbito de empresa. Os contratos coletivos de setor ou ramo de atividade passam a conviver e ser complementados por outros níveis de regulação. No setor metalúrgico, particularmente, intensificam-se os contratos setoriais regionais e não de âmbito nacional, como uma decorrência da concentração geográfica dos interesses e características de seus distintos sub-setores.

Este conjunto de nuances demanda uma complexidade cada vez maior das regras e princípios jurídicos que busquem regular os procedimentos e mecanismos aplicáveis à negociação coletiva. Nem tudo pode ou deve ser regulado através de lei estatal, o que abre espaço à autonomia coletiva para que produza sua auto-regulação. Esta torna-se possível através da utilização de técnicas semelhantes àquelas descritas acima para a relação entre lei estatal e norma convencional. Aqui, é a própria negociação coletiva quem define relações de complementaridade, complementaridade ou supletoriedade entre normas convencionais de diverso nível<sup>28</sup>.

Não resta dúvida acerca do crescimento da importância da negociação coletiva na vida das empresas. Sua função como elemento de organização do trabalho viu-se fortalecida e sua incidência cresce também na regulação dos poderes de decisão do empresário<sup>29</sup>, em especial, quando trata-se de adotar decisões relativas à demissões

<sup>26</sup> Trata-se aqui da conhecida tese que aponta o caráter indisponível da legislação trabalhista como responsável pela indesejável rigidez do mercado de trabalho, que, por ser assim, impediria a adaptação das empresas e de seus custos à situações de crise. A impossibilidade jurídica de que a norma estatal seja objeto de modificação *in pejus*, mediante negociação coletiva, é o fundamento que ampara o discurso da rigidez aqui referido. Não é este o momento para debater esta tese, mas sim para explicitá-la. Sabidamente, a suposta rigidez da legislação é contornada habilmente pelas empresas, através de práticas como o *turn-over*, o *outsourcing* e, em muitos casos, pelo puro e simples descumprimento das leis.

<sup>27</sup> Para o aprofundamento do significado e aplicabilidade dos conceitos de complementaridade, complementaridade e supletoriedade no Direito do Trabalho, veja-se Perrote-Escartin (1987), em seus capítulos 3, 4 e 6, bem como as 3 obras mencionadas na nota 25 supra.

<sup>28</sup> A este respeito, ver também as indicações bibliográficas contidas na nota 25 supra.

<sup>29</sup> Há, contudo, um tema de vital importância que escapa à negociação coletiva, à lei estatal e também ao controle sindical. Trata-se das horas extraordinárias, abusivamente utilizadas pelas empresas como fator de regulação da demanda de serviço concretamente existente. O tema em si foge ao objeto deste trabalho, mas evidentemente tem implicações diretas e nocivas, no que concerne à saúde do trabalhador e à política de emprego.

coletivas e ao fechamento ou transferência de unidades produtivas. Nestes casos, os critérios de seleção, a ordem em que podem ser efetuadas as dispensas, os planos de incentivo à demissão, as mudanças de local de trabalho ou de função, as indenizações e eventuais medidas de reclassificação interna dos trabalhadores são temas essenciais para a negociação coletiva.

Cresce ainda, a incidência das chamadas *leis contratadas* como resultado final de um processo de construção de consensos sobre temas pontuais, entre centrais sindicais e organizações empresariais. O governo compromete-se com o resultado a que chegaram as partes e o envia ao parlamento apoiando sua transformação em lei. Em geral, sejam quais forem suas formas organizativas e seus resultados, a *negociação legislativa* ou a *legislação contratada* é hoje um fenômeno real na Europa, com enorme incidência na regulação do mercado de trabalho. E isto, é preciso que se diga, ocorre com ou sem previsão legal expressa a respeito. Aí estão combinados a legitimação dos mecanismos públicos de representação política e a preservação dos espaços de negociação coletiva para os agentes sociais. A Reforma Laboral espanhola de 1997 e a Lei de Greve italiana de 1991 são exemplos concretos desta modalidade.

Esta prática denota algo novo e interessante. O tradicional *tripartismo* à mesa de negociação cede espaço a um *bipartismo*, que tem nos agentes sociais seus protagonistas. Ao governo está reservada a missão de guardião do processo, mas não a de participante direto. Os projetos de lei enviados ao parlamento através deste mecanismo estão indiscutivelmente dotados considerável legitimidade social, o que reforça a qualidade da intervenção normativa e da iniciativa governamental.

A consolidação da negociação coletiva como mecanismo privilegiado para a regulação do mercado de trabalho, em temas individuais e coletivos, nos momentos de entrada, permanência e saída do trabalhador da empresa exige um contra-poder sindical. E este, para que seja eficaz, depende em grande medida da legitimação política dos sindicatos, mas também do sistema jurídico no qual deve atuar. Os princípios de liberdade e autonomia sindical são um patrimônio do Direito do Trabalho que, no contexto das economias industrializadas, conservam sua atualidade e reforçam os pilares da democracia participativa. Um verdadeiro Estado Democrático de Direito não pode prescindir da liberdade sindical na definição do modelo de relações coletivas de trabalho a ser posto em prática. Vale o mesmo argumento para o direito de representação dos trabalhadores na empresa.

Neste novo e complexo desenho das dinâmicas e das regras jurídicas aplicáveis à negociação coletiva, tendencialmente descentralizada, os procedimentos extra-judiciais de solução de conflitos têm um papel de enorme relevância. Criados autonomamente pelos agentes sociais – através da própria negociação coletiva – sustentados economicamente pelos Estados nacionais e amparados por lei, a estes mecanismos incumbe canalizar de modo preventivo os conflitos do trabalho aos procedimentos de negociação coletiva<sup>30</sup>. Com isto não pretende-se sufocar ou neutralizar a conflitividade

<sup>30</sup> Para um estudo detalhado do recente ASEC (Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos) na Espanha, ver PIQUERAS (1998).

laboral, mas sim assegurar sua manifestação através de um contra-poder sindical institucionalizado e operativamente eficaz, sem que as únicas saídas sejam a greve endêmica ou a excessiva judicialização das demandas, fenômeno que tão bem conhecemos no Brasil. Ou, ainda, a fim de evitar o descumprimento massivo das normas de proteção ao trabalho, com a conseqüente perda de direitos por parte do trabalhador.

Finalmente, cabe registrar o aparecimento de um novo instrumento, cuja aplicação vem aumentando sua incidência no âmbito das grandes empresas. Trata-se dos chamados “códigos de conduta”, em geral adotados unilateralmente pelo empregador, como forma de transmitir ao consumidor-cliente uma boa imagem a respeito de sua ética nos negócios e da “limpeza” de seu processo produtivo<sup>31</sup>. Seu caráter unilateral, todavia, sugere uma tendência à reprivatização do processo normativo, à semelhança dos regulamentos internos de empresa, ou, pior do que isso, à uma reedição do direito feudal em versão pós-moderna. Como regra geral, os sindicatos e os trabalhadores são mantidos à margem da elaboração destes instrumentos, atividade reservada à direção da empresa e seus técnicos. Há setores do empresariado que defendem a utilização destes códigos de conduta como veículo apto a substituir a necessidade de negociação coletiva em âmbito transnacional. Ainda está por ver o efeito concreto deste instrumento sobre as relações de trabalho.

## 6. Os Conflitos Coletivos de Trabalho: os Sistemas de Arbitragem

Junto à organização sindical, ao direito de representação coletiva dos trabalhadores na empresa e à negociação coletiva, os conflitos coletivos formam parte do conjunto de elementos que deve ser analisado para definir um determinado sistema de relações de trabalho. Esta conformação é suficientemente abrangente e dispõe de recursos conceituais que permitem sua utilização para o estudo de qualquer realidade nacional sob formas capitalistas de produção. Dentro do tema *conflitos coletivos* temos o direito de greve, o lock-out e os mecanismos de solução dos conflitos como peças fundamentais. Neste estudo examina-se somente este último tema.

As experiências européias apresentam, quanto aos sistemas de solução de conflitos, fórmulas e resultados bastante diferenciados, o que demonstra a necessidade de prudência no equacionamento da questão. Busca-se aqui situar os principais eixos desta discussão apontando alguns critérios que podem orientar os debates a respeito. A finalidade do trabalho é somente esta.

Quando é analisado o tema da solução de conflitos do trabalho sempre surgem como alternativas modernizantes – no contexto brasileiro – os mecanismos de mediação e arbitragem. Não deixa de ser natural, pois no Brasil estamos acostumados a um modelo

<sup>31</sup> A respeito do tema, ver BAYLOS. “Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto”. In: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Madrid: Servicio de publicaciones UCM, Nº 15, pp. 19-49, 1999;

corporativista, que impõe a intervenção estatal como única via para a solução de conflitos individuais e coletivos, sejam estes de natureza jurídica ou de interesse.<sup>32</sup>

O principal problema nesta discussão diz respeito à sua complexidade. Por tras das propostas de introdução de sistemas de mediação e arbitragem privadas encontram-se concepções diversas em torno ao modelo de relações de trabalho que se pretende construir (RAMOS FILHO, 1999)<sup>33</sup>.

Um aspecto importante no debate dos diversos modelos de mediação e arbitragem é precisamente o que se refere à sua natureza pública ou privada. Nos EUA a arbitragem privada tem larga aplicação, enquanto que na Europa prevalece, quando utilizada, a arbitragem criada pelas partes em contratos coletivos de trabalho: em alguns casos, é pública, noutros, é privada. Os custos da arbitragem obviamente diferem, mas o mais importante é que o sistema, seja público ou privado, enseje a confiança das partes no organismo arbitral e nos membros que o compõem. No Brasil, nossa tradição nacional aponta para grandes dificuldades no momento de constituir tais mecanismos e, especialmente, para sua posterior legitimação perante os interessados<sup>34</sup>.

Outro aspecto fundamental é o que diz respeito ao caráter obrigatório ou voluntário do modelo de arbitragem. No Brasil tem larga aplicação um mecanismo obrigatório (o dissídio coletivo de natureza econômica), típico de Estados totalitário-corporativistas. Por outro lado, nos sistemas em que é praticada a liberdade sindical, típica configuração dos Estados Democráticos de Direito, os sistemas de solução de conflitos coletivos, em regra, têm caráter voluntário.

A definição de voluntariedade é simples: as partes em conflito devem solicitar, de comum acordo, e por escrito, a intervenção de um terceiro. É vedado que uma delas, unilateralmente, recorra ao árbitro. O que sim pode ocorrer é o chamado compromisso prévio, usualmente estabelecido em contrato coletivo, através do qual as partes comprometem-se, em caso de conflito, a submeter-se a um procedimento de arbitragem definido previamente no próprio contrato. O caráter voluntário dos institutos da mediação e da arbitragem deve estar necessariamente acoplado ao mecanismo de ultratividade dos contratos coletivos<sup>35</sup>, sob pena de absoluta ineficácia do sistema.

<sup>32</sup>No caso brasileiro temos: a conciliação e a jurisdição para os conflitos individuais e a mediação e arbitragem, pública e obrigatória, exercida pelos Tribunais do Trabalho nos conflitos coletivos. Ver item VII infra.

<sup>33</sup>O autor situa com propriedade a discussão em torno da arbitragem nos conflitos do trabalho, no direito brasileiro. Mais do que isso, traz à tona o debate político atual, conectando as propostas de mudança do sistema brasileiro de solução de conflitos aos projetos de reforma do Poder Judiciário (RAMOS FILHO, 1999, pp. 182-187 e 215-217).

<sup>34</sup>Os mecanismos privados de mediação e arbitragem criados no Brasil até o presente (como por exemplo, Banco Itau-Campinas, INAMA, Patrocínio-MG, Inst. Arbitral-BA, etc.) não indicam a superação do modelo estatal. Pelo contrário, demonstram seu enraizamento nas relações sociais a ponto de continuar sendo a forma de solução de conflitos preponderante, mesmo diante de instrumentos alternativos.

<sup>35</sup>Ver item 4 supra e item 7 infra, onde menciona-se a importância do instituto da ultratividade das normas coletivas e a necessidade de sua incorporação legal ao modelo brasileiro, com a finalidade de proteger e promover a negociação coletiva.

A possibilidade de controle dos destinatários sobre os mecanismos de mediação e arbitragem é outro elemento chave para a aplicação do sistema. Um mecanismo excessivamente autônomo em sua existência e formas de gestão em relação aos sindicatos e associações empresariais pode assumir uma magnitude que não lhe corresponde. Pode inclusive passar a ser mais importante que os próprios agentes sociais, o que não é de nenhum modo aceitável para um desenho democrático de relações coletivas de trabalho.

Vale notar que nos modelos de relações de trabalho em que existe efetiva implantação dos sindicatos nas empresas, a incidência de conflitos coletivos que demandam solução através de arbitragem é bastante reduzida (por exemplo, Suécia, Itália e Alemanha). Nestes casos, os conflitos são resolvidos basicamente por meio de procedimentos voluntários extra-judiciais estabelecidos em contratos coletivos, no âmbito de cada setor ou empresa.

Por outro lado, onde a implantação sindical é débil, a arbitragem é bastante utilizada (por exemplo, nos EUA, ou, ainda, no Brasil, através do modelo de arbitragem judicial obrigatória mencionado acima). Portanto, é importante que se examine a conexão entre implantação sindical na empresa e incidência de solução por arbitragem: quanto mais o sindicato atua de modo eficaz e preventivo, menos necessária é a prática da arbitragem. Dito de outro modo: num modelo de relações de trabalho em que a liberdade sindical é assegurada, há direito de representação na empresa e a negociação coletiva é efetivamente praticada, os trabalhadores dispõem de instrumentos de reequilíbrio frente ao poder do empresário e, em consequência, a utilização da arbitragem tende a ser mínima. Num contexto inverso, a arbitragem tende a ser muito importante para o equilíbrio do sistema, o que não conduz necessariamente ao cumprimento da legislação de proteção ao trabalho.

## **7. O Papel do Estado nos Sistemas de Relações Industriais: o Caso Brasil**

Após ter examinado a atual configuração do Direito Coletivo do Trabalho no âmbito dos países que formam a União Européia é oportuno analisar o caso brasileiro. Nosso Direito do Trabalho está marcado por uma forte intervenção normativa do Estado, de caráter corporativista e totalitário em sua legislação básica (CLT), com importantes espaços conquistados pela autonomia coletiva, em clara contradição com os princípios que instituem o modelo.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu e ampliou os espaços destinados ao exercício da autonomia coletiva, mas, simultaneamente, reforçou os pilares corporativistas anteriormente existentes. Resulta deste processo de interação entre princípios normativos contrapostos um modelo legal híbrido: já não temos um corporativismo puro, mas ainda não alcançamos um sistema de liberdade sindical. Neste contexto, a atuação dos agentes sociais entra em choque com a norma estatal, o que aos poucos conduz à perda de efetividade do ordenamento jurídico nesta esfera.

Esta situação apresenta um equilíbrio precário, onde avançam as práticas empresariais de descumprimento massivo da legislação de proteção ao trabalho, a Justiça

do Trabalho enfrenta o risco de colapso pelo excesso de demandas e os sindicatos e a negociação coletiva perdem força. Não é demais observar que a unilateralidade das decisões empresariais, adotadas através do exercício do poder de mando (e poder disciplinar) aumentam sua incidência na gestão da força de trabalho, em detrimento das soluções negociadas e das diversas formas possíveis de exercício do diálogo social.

Em face do cenário descrito acima convém fazer uma breve análise de nosso modelo, apontando suas insuficiências e contradições. Trata-se de buscar parâmetros que possam conduzir à sua superação, numa perspectiva de democratização das relações de trabalho nas esferas individual e coletiva.

O modelo sindical brasileiro está vigente há mais de 50 anos e, como dito, tem características essencialmente corporativistas que orientam a regulação dos sindicatos, a negociação coletiva e a solução dos conflitos coletivos de trabalho. Como sabemos, não há direito de representação dos trabalhadores nas empresas. Nosso Direito Coletivo do Trabalho apresenta as seguintes características gerais que o definem:

- a) uma organização sindical regulada em lei de maneira extensa, rígida e detalhada, com entidades patronais e trabalhistas perfiladas por categorias ou ofícios, simetricamente opostas, de acordo com um organograma definido pelo Estado seguindo o modelo corporativista posto em prática pelo fascismo italiano;
- b) direito de representação coletiva dos trabalhadores na empresa não está protegido legalmente, embora esteja previsto na Constituição Federal um mecanismo com tal finalidade (art. 11), praticamente inaplicado. O Brasil ratificou a Convenção 135 da OIT; as experiências existentes neste terreno decorrem de negociação coletiva, mas seguem sendo casos isolados, ainda que relevantes do ponto de vista da dinâmica sindical em determinadas regiões ou setores da economia;
- c) a negociação coletiva é igualmente definida por lei, com forte interferência estatal, através da Justiça do Trabalho, de acordo com princípios igualmente corporativistas, voltados à negação do conflito ou mesmo a sufocá-lo. As unidades de negociação têm um perfil atomizado, reproduzindo o modelo de organização sindical por categorias e municípios, o que explica a multiplicidade das Convenções e Acordos Coletivos dela resultantes. O princípio da “data-base” fomenta a judicialização dos conflitos coletivos. Não há ultratividade de convenções e acordos coletivos após esgotado o seu período de aplicação;
- d) os conflitos coletivos também são objeto de forte intervenção estatal. As distintas formas de intervenção adotadas têm como princípio a substituição do exercício da autonomia coletiva através do controle burocrático do Estado. Como regra geral, a Justiça do Trabalho, no exercício de seu Poder Normativo, atua como uma arbitragem pública obrigatória nos conflitos coletivos de interesse;

e) a existência de mecanismos extra-judiciais de solução de conflitos (mediação e arbitragem voluntárias), decorrentes do exercício da autonomia coletiva por parte de sindicatos e empresas é pouco significativa, prevalecendo o recurso às formas heterônomas estatais de composição já apontadas.

Estas características são manifestamente incompatíveis com um sistema regido pelos princípios de liberdade e autonomia sindical, próprio de um Estado Democrático de Direito. Portanto, uma primeira reflexão aponta a necessidade de pensarmos a substituição global do atual modelo brasileiro de relações de trabalho, superando o corporativismo para alcançar um modelo democrático, baseado nos princípios consagrados internacionalmente pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O que afirmo acima não significa que as mudanças necessárias só podem ocorrer simultaneamente, de maneira global. É possível – e a experiência sindical o demonstra – avançar pontualmente na direção de um modelo democrático, especialmente através de conquistas obtidas na negociação coletiva, mas também mediante reformas legais. Deste modo, a segunda reflexão aqui proposta ressalta que a adoção de mecanismos de mediação e arbitragem –ainda dentro do modelo legal corporativista – deve estar orientada à construção de um novo sistema e não apenas servir de paliativo às dificuldades encontradas na prática do modelo atual. Trata-se pois, de reconhecer uma função estratégica a este instrumento para o desenho de um futuro modelo democrático de relações de trabalho. Neste sentido, a composição, o funcionamento e gestão e o processo de criação dos organismos encarregados de realizar a mediação e arbitragem são aspectos que condicionam o tipo de êxito e eficácia que pode ser alcançada.<sup>36</sup>

Ao inexistir mecanismo legal que garanta a representação coletiva dos trabalhadores no interior das empresas, o poder unilateral do empresário é brutalmente reforçado em detrimento da negociação coletiva e da participação dos sindicatos na gestão da força de trabalho. Como consequência, os conflitos individuais, em regra, são exteriorizados somente pela via judicial e, ainda assim, quando o contrato de trabalho já foi rescindido. Tão importante quanto a ausência de representação coletiva na empresa, a falta de proteção contra a dispensa arbitrária exerce forte influência para a reprodução desta lógica própria de nosso modelo. Assim, a terceira reflexão que proponho chama a atenção para alguns requisitos indispensáveis ao êxito da mediação e da arbitragem: a representação coletiva dos trabalhadores na empresa, a proteção contra a despedida imotivada e o mecanismo da ultratividade de acordos e convenções coletivas.

No que diz respeito aos conflitos coletivos, o panorama não é distinto. O perverso conceito de data-base acaba fazendo com que os sindicatos vejam-se obrigados a ajuizar dissídio coletivo para “garantir a data-base”, isto é, em caso de não alcançar acordo,

<sup>36</sup> A este respeito, ver item 6 supra: *os conflitos coletivos de trabalho*. Ali estão problematizados os temas mais relevantes para esta discussão. Em relação à aplicabilidade jurídica da arbitragem privada no direito positivo brasileiro, no campo das relações coletivas de trabalho, ver também o já mencionado estudo de RAMOS FILHO (1999, pp. 234-250).

obter mediante julgamento a vigência retroativa das cláusulas concedidas pelos Tribunais do Trabalho. Este mecanismo, conhecido como Poder Normativo da Justiça do Trabalho, inibe a negociação coletiva e faz com que esta autêntica arbitragem pública obrigatória seja a regra geral para a solução dos conflitos coletivos de interesse no Brasil. Esta natureza jurídica do Poder normativo conferido à Justiça do Trabalho é clara. Embora exercido por órgãos do Poder Judiciário (TRTs e TST), não se trata de atividade propriamente jurisdicional, na medida em que não “decide” a aplicação da lei ao caso concreto, mas sim **arbitra** soluções para conflitos de interesse. Não se trata de aplicação judicial de norma preexistente, mas de criação de normas “ex novo”. Ao ser exercido por um órgão do Poder Judiciário – e somente por ele – o Poder Normativo tem natureza **pública**. E, finalmente, ao ser provocado unilateralmente por uma das partes e seu arbitramento ser imposto legal e coercitivamente à outra, deve ser definido como **obrigatório**.

Portanto, e esta é a quarta reflexão proposta, a passagem do atual modelo brasileiro de arbitragem obrigatória da Justiça do Trabalho para um modelo voluntário deve ter em conta a necessidade de um marco jurídico que evite um vácuo legal. Não se trata de uma transição, mas sim de configurar garantias legais que impeçam ao empresário subtrair-se ao exame judicial ou arbitral de conflitos, em face da ausência de um órgão competente para solucioná-los. Neste sentido, a melhor proposta até aqui gestada pela discussão dos agentes sociais é aquela contida nas conclusões do **Fórum Nacional sobre Contrato Coletivo e Relações de trabalho** (1994)<sup>37</sup>, que estabelece o seguinte: “...a necessidade de que os conflitos de interesses e dissídios coletivos de natureza econômica somente sejam examinados pela Justiça do Trabalho mediante provocação das partes de comum acordo, sendo a decisão proferida de caráter irrecurável; a necessidade de que as normas coletivas permaneçam em vigor até que normas posteriores às renovem, alterem ou suprimam...”

Sempre vale recordar que o Brasil é o último país a praticar essa forma intervencionista e autoritária de solução de conflitos. Deste modo, a quinta reflexão proposta aponta o fato de que os entraves à mudança não são apenas de natureza jurídica, mas também cultural. A larga aplicação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, ao julgar dissídios coletivos de natureza econômica é a nossa *arbitragem tupiniquim*. A ela estão acostumados trabalhadores e empresários, sindicatos e associações empresariais. Em síntese, em relação ao modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho, pode-se afirmar que:

- 1) a organização sindical, tal como regulamentada pela CLT, em seu Título V e também pela Constituição Federal, em seu art. 8º, não é compatível com um modelo próprio aos Estados democráticos de Direito. É necessária a superação do atual marco jurídico corporativista, mediante a ratificação da Convenção 87 da OIT a fim de que sejam incorporados os princípios de liberdade e autonomia sindical ao ordenamento interno.

<sup>37</sup> Fórum Nacional sobre Contrato Coletivo e Relações de trabalho, ed. MTb, pp.317-318.

- 2) os conceitos legais de *categoria profissional*, *base territorial*, *unicidade sindical* e *enquadramento sindical* sedimentam na prática o modelo corporativo e podem ser definidos como o *entulho autoritário* do Direito Sindical brasileiro. Vale o mesmo para a atribuição legal do nome sindicato às organizações representativas do setor patronal.
- 3) a ausência do direito de representação dos trabalhadores na empresa acentua o desequilíbrio de poderes já existente entre patrões e empregados, estimulando ainda mais a unilateralidade com que são adotadas as decisões por quem detém o poder de mando. Isto ocorre tanto na esfera dos direitos individuais como coletivos, o que torna-se possível pela falta de um contra-poder social nos locais de trabalho, institucionalmente reconhecido e legalmente protegido, que possa efetivamente representar os interesses dos trabalhadores. O direito de representação na empresa é uma peça chave para a implementação de um modelo de liberdade sindical, bem como para que a negociação coletiva possa ser efetivamente exercida.
- 4) a negociação coletiva cumpre um papel secundário no sistema, na medida em que a CLT determina de forma extensa e detalhada as normas aplicáveis aos contratos individuais.
- 5) o princípio da data-base, a interferência da Justiça do Trabalho – via Poder Normativo – e a ausência de representação dos trabalhadores na empresa dificultam a afirmação da negociação coletiva como instrumento básico da ação sindical e inibem seu potencial regulador das condições de trabalho.
- 6) a ausência de um mecanismo legal que assegure a ultratividade do conteúdo normativo de Convenções e Acordos Coletivos induz à utilização massiva da arbitragem pública obrigatória.
- 7) não é possível afirmar que haja uma verdadeira articulação entre diferentes níveis de negociação, nem repartição de competências ou conteúdos a serem negociados em distintas esferas.
- 8) a organização sindical “por categorias” e “por municípios” fragmenta as unidades de negociação fragilizando o poder de barganha dos trabalhadores.
- 9) o atual modelo de solução de conflitos coletivos de trabalho, baseado numa arbitragem pública obrigatória, contrapõe-se frontalmente aos modelos democráticos de relações de trabalho. Sua prática dificulta o exercício da negociação coletiva e, ao mesmo tempo, reforça um modelo autoritário

de organização social, que em seus princípios nega a legitimidade do conflito e submete a ação sindical à lógica do paternalismo estatal, expressado na função atribuída às sentenças normativas dos Tribunais do Trabalho em dissídios coletivos de natureza econômica.

Este é o modelo brasileiro. O desafio a ser assumido pelos agentes sociais é o de modificá-lo radicalmente, em face de sua manifesta inadequação para regular de modo eficaz as relações de trabalho, já no momento atual e também no futuro.

É certo que não se pode pretender adotar um novo sistema estável tendo como objeto uma realidade social instável, ou, mais claramente, marcada por uma enorme desigualdade social, como é o caso do Brasil. Mas também é verdade que este modelo de relações de trabalho que aí está não foi capaz de adaptar-se às novas realidades sociais e produtivas. Foi concebido para incidir numa economia fechada, numa sociedade não industrializada, imersa num Estado autoritário. Sem dúvida, eram outros tempos aqueles, quando Getúlio Vargas outorgou a CLT, a 1º de maio de 1943.

A redução das desigualdades sociais que marcam a realidade brasileira exige o fortalecimento da sociedade civil, sua ação organizada e espaços que permitam a exteriorização e canalização dos conflitos que lhe são inerentes. A liberdade sindical, o exercício da autonomia coletiva e os mecanismos jurídicos que protegem sua prática fomentam a cidadania nos locais de trabalho e estimulam o amadurecimento democrático. Os exemplos históricos dos países da Europa Ocidental nos permitem extrair lições importantes a este respeito. Em todos eles, a intervenção estatal cumpriu e segue cumprindo um papel fundamental na regulamentação e apoio de sistemas democráticos de relações coletivas de trabalho. Mas estas formas de intervenção em nada correspondem ao formato de tutela estatal que, ainda hoje, encontra-se vigente no Brasil.

## 8. Os Diferentes Modelos de Intervenção Estatal

A intervenção do Estado assume um caráter diverso de acordo com o regime político e o contexto no qual se desenvolve. Assim, as diversas formas de intervenção estatal incidem de maneira específica em cada uma das esferas ou conjuntos temáticos próprios às relações de trabalho. Segundo MIGUÉLEZ & PRIETO (1995)<sup>38</sup>, são quatro os âmbitos de intervenção estatal que, sob a forma de regulamentação jurídica, possuem maior relevância: relações individuais de trabalho; relações coletivas de trabalho; políticas de emprego; políticas de renda. Neste estudo vamos examinar apenas o âmbito correspondente às relações coletivas de trabalho.

O caso italiano foi exaustivamente focalizado por CELLA & TREU (1991)<sup>39</sup>. Embora estes autores tenham analisado apenas a experiência italiana, sua formulação

<sup>38</sup> MIGUÉLEZ & PRIETO (1995, p. 24).

<sup>39</sup> CELLA & TREU (1991, p. 53).

sintetiza alguns elementos comuns aos três modelos corporativistas europeus da primeira metade do século XX: afirmam os autores:

“El régimen fascista, después de 1925, lleva a cabo una abierta represión de las libertades y de las organizaciones sindicales, y regula las relaciones colectivas de trabajo por medio de las asociaciones expresamente reconocidas por él, a las que se concede personalidad jurídica y que quedan sometidas al control del Estado (...) la prohibición legal del conflicto se impuso y los litigios laborales, relativos principalmente a la aplicación de los nuevos conflictos colectivos, se encomendaron a ‘tribunales del trabajo’ especiales. La situación no se alteró en la práctica cuando, a partir de 1934, el fascismo inauguró la experiencia ‘corporativa’ encaminada formalmente al logro de unas relaciones de trabajo más armoniosas y equilibradas, y de una orientación de la actividad económica al servicio de los intereses ‘superiores’ de la nación...”

Esta caracterização pode ser detalhada para uma melhor compreensão do fenômeno. Segundo BAYLOS (1991),<sup>40</sup> a versão totalitária de corporativismo estatal, caracteriza-se por uma...

“construcción coactiva de una unidad social, económica y política, bajo la dirección del poder político concebido así como poder total y unificado de las relaciones sociales. La criminalización de las formas de autotutela y la proscripción de los sindicatos y de sus medios de acción, frecuentemente sustituidos por mecanismos administrativos públicos de gestión corporativa, constituye un elemento central de esta solución autoritaria de organización social llevada a cabo por el Estado. El plano colectivo no se reconoce, la normación pública gravita, fundamentalmente, en la delimitación del contenido de las relaciones de trabajo consideradas individualmente, puestas bajo la tutela activa y directa del Estado”.

A conceituação do modelo totalitário de intervenção estatal proposta por BAYLOS coincide com aquela adotada por CELLA & TREU, quando analisaram o caso italiano. Ambas formulações são intercambiáveis com a que mostra PUIG (1988), quando examina a queda de Weimar e a implantação do modelo nazista e com a análise de SEMPERE (1982), quando estuda a derrota republicana na Guerra Civil e a ascensão do franquismo. A magnitude de tais coincidências teórico-descritivas permite-nos agrupar os marcos jurídicos dos corporativismos sindicais espanhol, alemão e italiano, praticados durante a primeira metade deste século, dentro da tradição totalitária de intervenção estatal nas relações coletivas de trabalho. Uma vez situado histórica e cronologicamente o fenômeno corporativista totalitário, é possível aprofundar o estudo do intervencionismo estatal, que também pode ocorrer nos marcos de uma democracia

<sup>40</sup> BAYLOS (1991, p. 30).

e, portanto, a partir de pressupostos, meios e finalidades totalmente diversos em relação aos que examinamos até aqui.

Em oposição à tradição corporativista totalitária temos a versão democrática de intervenção estatal nas relações coletivas de trabalho. O objetivo de reduzir a desigualdade material subjacente à relação capital e trabalho, o reconhecimento da legitimidade dos conflitos e as reivindicações operárias de maior participação na empresa e na sociedade levaram à necessidade de uma intervenção estatal garantista e de tutela, mas bem diversa daquela outra antes aqui descrita, própria dos regimes totalitários. Para BAYLOS (1991)<sup>41</sup>, nesta versão democrática, “el Estado se compromete activamente, a través del pacto constituyente, a conciliar un principio de solidaridad con el principio democrático y a dotar al término ‘libertad’ de un sentido marcadamente social”.

O mesmo autor assinala os limites e insuficiências desta versão democrática buscando situá-la historicamente:

“esta teorización del Derecho del Trabajo refleja un proyecto de reforma social protagonizado por el Estado y su acción de tutela, pero en el que se abre un espacio de actuación para las organizaciones sindicales, supeditado a aquél, y que cobra cuerpo especialmente mediante la racionalización de la negociación colectiva. El ejemplo histórico que podría sintetizar los componentes básicos de esta solución se localiza en la República de Weimar”<sup>42</sup>.

O paradigma weimariano de intervenção estatal regulamentadora do fenômeno sindical, dentro da vertente democrática, é analisado também por ROMAGNOLI<sup>43</sup>. Aqui somente cabe dizer que o modelo desenhado na Alemanha, entre a primeira e a segunda guerra, apesar de seu fracasso histórico, deixou suas raízes no pensamento jus-filosófico posterior<sup>44</sup>. Os modelos sindicais introduzidos após o fim da segunda guerra na Europa Ocidental – incluindo as versões tardias de Espanha e Portugal – em maior ou menor medida seguiram as linhas de Weimar, numa clara tentativa de superação de seus limites aplicativos<sup>45</sup>.

Esta origem conceitual comum não significa que os modelos resultantes sejam uniformes. Pelo contrário. Os modelos sindicais nacionais consolidados nos diversos países da Europa Ocidental, após o fim da segunda guerra, apresentam importantes diferenças quando comparados entre si. Ainda que todos estejam baseados nos princípios de liberdade sindical e autonomia coletiva, cujos pressupostos encontram-se no Estado Democrático de Direito, os respectivos marcos jurídicos nacionais e a dinâmica das relações coletivas existentes em cada um desses países são bastante diferentes.

<sup>41</sup> BAYLOS (1991, p. 32).

<sup>42</sup> BAYLOS (1991, p. 32).

<sup>43</sup> ROMAGNOLI, in: APARICÍO & BAYLOS (orgs.) – (1992, pp. 17-26).

<sup>44</sup> MONEREO (1999, Capítulo 2, p. 79 e Capítulo 3, p. 149).

<sup>45</sup> Veja-se, a respeito das origens dos modelos sindicais democráticos desenvolvidos no pós-guerra: RAMM, “El nuevo orden del derecho del trabajo, 1918-1945”, in: HEPPLÉ, (1994, p. 360).

Precisamente os países que experimentaram modelos corporativistas totalitários (Itália, Alemanha e Espanha) apresentam elementos nacionais que definem modelos diversos<sup>46</sup>. O modelo de co-gestão na Alemanha, a não-regulação do fenômeno sindical na Itália<sup>47</sup> e o intervencionismo positivo do Estado na Espanha<sup>48</sup> são peças que, não apenas definem os modelos sindicais destes países, mas também realçam suas diferenças.

As diferenças existentes entre os marcos jurídicos e as dinâmicas que correspondem aos modelos sindicais democráticos demonstram que a intervenção estatal pode assumir múltiplas formas na regulamentação do fenômeno coletivo. É importante, no entanto, ressaltar que esta potencial diversidade encontra seu limite no respeito ao princípio de liberdade sindical, fundamento essencial que embasa a legitimação de um modelo sindical no Estado Democrático de Direito.

Pode-se afirmar que, por um lado, o corporativismo foi a peça chave, o elemento comum aos modelos de intervencionismo estatal totalitário. Da mesma forma, é possível dizer que a liberdade sindical é o fundamento básico sobre o qual desenvolve-se a intervenção do Estado nas relações coletivas de trabalho, dentro dos marcos democráticos. Estas duas noções – corporativismo e liberdade sindical – são incompatíveis. Daí resulta que, tanto do ponto de vista prático, como teórico, estes dois conceitos e seus mecanismos legais não podem coexistir num mesmo ordenamento jurídico para que este seja operativo e estável.

Cabe dizer, por fim, que o esgotamento do chamado paradigma weimariano, em matéria de regulamentação das relações coletivas de trabalho, tem correspondência na teoria política, no esgotamento do chamado Estado de Bem-estar. No entanto, sua substituição no plano teórico ainda está pendente de uma formulação mais ampla. Porém, já não se trata de fazer a crítica do Estado liberal buscando reconstruir um equilíbrio social irremediavelmente perdido, através da recuperação teórica do intervencionismo estatal democrático.

Tampouco seria o caso de, comodamente, assumir uma postura defensiva em favor da legislação vigente e de seus pressupostos teóricos, como forma de resistir com heroísmo ao aluvião desregulamentador impulsionado pelas brigadas neoliberais. Sem dúvida, o resgate da distinção conceitual entre as formas de intervenção estatal autoritária e democrática é uma tarefa importante, bem como a de apontar os diversos resultados

<sup>46</sup> Especificamente a respeito dos modelos italiano e alemão da atualidade: VENEZIANI. *Stato e Autonomia Collettiva – Diritto Sindacale Italiano e Comparato*. Bari: Cacucci, 1986; DÄUBLER. *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*. 10. Auflage. Baden-Baden Handkommentierung, Nomos, 2000.

<sup>47</sup> A “não regulação” característica do modelo italiano deverá ser matizada com fins analíticos, diante das alterações introduzidas pelos acordos interconfederais de julho de 1993 em relação à representação sindical unitária nas empresas (RSU) e também como consequência da aprovação da Lei de Greve (nº 146/91), em que pese sua evidente compatibilidade com os princípios da autonomia coletiva.

<sup>48</sup> A respeito ao modelo sindical espanhol que resulta da transição e do papel que nele cumpre a intervenção estatal veja-se, por exemplo: VALDES DAL-RÉ. “El sistema español de relaciones laborales: una aproximación”, in: Revista *Relaciones Laborales*, nº 1 y 2, enero/96, pp.22-59; também CASAS, “La Reforma del Derecho del Trabajo. Diez años de legislación laboral: 1985/1995”, Revista *Relaciones Laborales*, nº 1 y 2, enero/96, pp. 60-82; Ver também BAYLOS, *Derecho del Trabajo, modelo para armar*. Madrid: Trotta, pp. 109-146.

alcançados concretamente por uma e outra vertente de regulação social. Mas, além deste objetivo, permanece o desafio da construção de um novo sistema de garantias sociais. Uma formulação teórica desde a qual possa-se lançar as bases de um novo papel do Estado na regulação do trabalho, que também possa dar suporte ao fenômeno coletivo e, nele, ao modelo sindical.

## 9. As Diversas Versões de Garantismo Social

No século XIX, o Direito do Trabalho ainda não apresentava a forma de um sistema. Em alguns países já existiam, todavia, várias leis esparsas de proteção social. Seus contornos eram imprecisos e não expressavam uma concepção generalizante. Inglaterra e Dinamarca, no entanto, contavam com sistemas de relações industriais capazes de gerar estabilidade nas relações de trabalho. No caso dinamarquês, isto tornou-se possível mediante o Acordo de setembro de 1899<sup>49</sup>. Na Inglaterra, o sistema foi implantado através do chamado *laissez faire coletivo*, tema que será examinado a seguir.

O conceito de *laissez faire coletivo*, elaborado por KAHN-FREUND (1959), ajuda-nos a compreender o processo evolutivo do Direito do Trabalho. Segundo esse autor, o sistema substituiu parcialmente o *laissez faire individual* à hora de estabelecer as condições do contrato de trabalho. Tinha as mesmas características do *laissez faire individual*, na medida em que suas formas de regulação, do ponto de vista subjetivo, eram as típicas do direito privado. Entretanto, tratava-se de uma regulação coletiva, pois as regras aplicáveis aos contratos individuais de trabalho surgiam como resultado da elaboração conjunta entre sindicatos e associações empresariais – via negociação coletiva – e não mais do contrato de trabalho, firmado entre o indivíduo trabalhador e o empresário.

O *laissez faire coletivo* também ficou conhecido como **abstencionismo legislativo**, expressão que define um modelo de relações industriais cuja proteção jurídica ao exercício dos direitos coletivos se dá através da tutela negativa: o ordenamento estatal não é aplicável ao terreno das relações coletivas de trabalho, isentando assim os agentes sociais do caráter repressivo da legislação vigente<sup>50</sup>. Este modelo foi implantado com base num pacto implícito com os sindicatos: em troca da tutela negativa dos direitos coletivos por parte do Estado, as entidades operárias

<sup>49</sup> Nesse Acordo estava consubstanciada a idéia de um modelo pluralista de relações de trabalho, com garantia de respeito mútuo para ambas as partes. O Acordo reconhecia formalmente os sindicatos, o direito à negociação coletiva e o direito de greve. Seu conteúdo tinha aplicação a todos os ramos da indústria, em âmbito nacional. Este acordo de 1899 foi o resultado de um conflito coletivo de enormes proporções na Dinamarca. Suas linhas mestras foram aprovadas pelo governo e reguladas em lei posteriormente. O modelo básico aí implantado segue vigente na atualidade. Ver JACOBS, 1994, p. 274.

<sup>50</sup> No caso da Inglaterra de final do século XIX, uma legislação baseada nos princípios do individualismo e do caráter patrimonial das relações de troca, fundamentos típicos do liberalismo clássico.

assumiam um compromisso com a institucionalidade, deixando de lutar pela derrubada do capitalismo liberal, renunciando a substituí-lo pelo socialismo revolucionário<sup>51</sup>.

A autonomia coletiva é aqui concebida como terreno de atuação dos sindicatos, da negociação coletiva, das greves e dos locautes, estando diretamente vinculada à concepção liberal da economia, “do livre jogo das forças de mercado”, na medida em que permite seu desenvolvimento, mas também o condiciona. Por um lado, impõe limites institucionais às formas de expressão dos conflitos, canalizando-os como algo legítimo enquanto não ameacem a ordem pública do Estado liberal. Por outra parte, *despenalizando* as formas de luta coletiva dos trabalhadores nas fábricas, em defesa de seus direitos e contra a maximização da exploração capitalista. A Inglaterra foi o exemplo por excelência deste modelo, o chamado **garantismo negativo**<sup>52</sup>.

Em oposição a este desenho, desenvolve-se o **intervencionismo estatal**, na perspectiva de superação do liberalismo econômico e como idéia de proteção aos trabalhadores diante do maior poder do capital. A República de Weimar, através de sua Constituição (1919) e da legislação trabalhista que a sucede, foi a base deste modelo posto em prática na Alemanha, após o fim da 1ª guerra mundial. Aqui, a intervenção estatal fomenta a autonomia coletiva, mas de modo que esta última esteja sempre subordinada a seu comando. Cabe ao Estado asusmir a condução da reforma social através dos direitos que assegura em lei e por meio do funcionamento de seu aparato burocrático-institucional. Nos marcos desta legalidade, porém, abre-se um espaço para que os sindicatos possam, através da negociação coletiva, complementar este papel de reformador social atribuído primordialmente ao Poder Público. Trata-se, pois, de **um garantismo tutelar**. O Direito do Trabalho é concebido, simultaneamente, como produto do Estado e da autotutela dos trabalhadores, que o complementa para corrigir a desigualdade jurídica e sócio-econômica realmente existente<sup>53</sup>.

A proteção estatal e a integração dos trabalhadores na administração do Estado, por um lado, e o desenvolvimento da autonomia coletiva, por outro, constituem os dois princípios que enunciam os caminhos que viriam a ser percorridos pelos diversos ordenamentos jurídicos nacionais em matéria sindical. A aplicação concreta destes

<sup>51</sup> KAHN-FREUND (1987, p. 276 e segs.) estuda detalhadamente o sistema de abstencionismo legislativo, evidenciando seus pontos de intrínseca conexão com o Common Law na Inglaterra. Curiosamente, foi nesse país onde os sindicatos deixaram de estar proscritos, já em 1824, através dos Combination Laws Repeal Act, um avanço pioneiro do direito inglês.

<sup>52</sup> O modelo britânico é profluo em denominações. Além das já mencionadas, também costuma-se tipificá-lo como **voluntarista**. Kahn-Freund, um defensor assumido das qualidades deste modelo foi criticado, dentre outras razões por ter desenvolvido o mito de que o Estado propiciava com sua abstenção o equilíbrio nas relações entre capital e trabalho. A crítica aponta também que este modelo só pode ser eficaz num contexto de prosperidade econômica, não tendo nada de “garantista” numa situação de crise. Adicionalmente, problematiza-se também desde uma perspectiva crítica a necessidade de incorporação da Inglaterra aos marcos em que se desenvolve a União Européia. Ver a respeito: WEDDERBURN (1986, p.26); LEWIS (1976, p.10). Para uma análise dos efeitos devastadores do tatcherismo sobre o abstencionismo legislativo ver MARSH (1992, capítulos 3-5).

<sup>53</sup> Para um exame detalhado deste tema e também valiosa indicação bibliográfica a respeito, ver BAYLOS (1991, pp.31-38).

dois princípios entraria numa fase de conflito encarniçado no período entre guerras<sup>54</sup>.

A Constituição de Weimar introduz os direitos fundamentais e no campo das relações de trabalho reconhece direitos coletivos básicos. O direito de livre associação para defesa e melhoria das condições econômicas e de trabalho foi garantido por seu art.159. Além disso, a idéia de conselhos de empresa vinha consubstanciada no art. 165, que fixava um mandamento ao legislativo para que elaborasse uma lei específica para regular o assunto, o que de fato viria a ocorrer 6 meses depois<sup>55</sup>. Deste modo, os direitos de sindicalização e de representação na empresa estavam amplamente assegurados. O direito de greve, no entanto, não foi mencionado pelo texto constitucional, o que determinou que nos anos seguintes permanecesse como uma simples liberdade (DÄUBLER, 1998).

O **Acordo Stinnes-Legien** (1918)<sup>56</sup>, fundador do sistema trabalhista de Weimar assegurou – entre outros aspectos importantes – o direito de negociação coletiva<sup>57</sup>. O conceito de Comunidade de Trabalho – *arbeitsgemeinschaft* – implementado por este acordo recobra a teorização de Sinzheimer<sup>58</sup> e aqui está materializado: a) pela representação dos trabalhadores na empresa e seu papel participativo; b) pelo papel da

<sup>54</sup> Sobre a evolução do Direito do Trabalho europeu no período entre guerras, ver RAMM (1994, p. 337-360).

<sup>55</sup> Através da aprovação pelo Parlamento, da Lei dos Conselhos de Trabalhadores, de fevereiro de 1920 (*Betriebsrätegesetz*).

<sup>56</sup> BERGHAN & KARSTEN (1993, p. 189) ilustram de forma nítida o conteúdo e o significado do Acordo Stinnes-Legien, cujos nomes correspondiam aos principais negociadores, respectivamente, Hugo Stinnes, representante dos empresários e Carl Legien, membro dos sindicatos: "...no outono de 1918 veio a derrota e o pânico. O alto mando declarou que a guerra estava perdida e que a Alemanha tinha que pedir a paz. Com a ameaça de uma revolução no país, os empresários, até então recalcitrantes, acharam mais conveniente tentar trazer os sindicatos para a política, pois parecia que estes eram as únicas organizações que seguiam tendo influência sobre os trabalhadores nas fábricas..."

<sup>57</sup> O resultado do Acordo Stinnes-Legien foi transformado pelo governo alemão num Decreto de Contratos Coletivos (*Tarifvertragsordnung*), em 23.12.1918. Por seu intermédio, assegurava-se sua eficácia normativa, bem como sua indisponibilidade por parte do trabalhador. Somente disposições mais favoráveis ao trabalhador poderiam eludir a aplicação do conteúdo dos contratos coletivos (DÄUBLER, 1998, p. 94).

<sup>58</sup> Sinzheimer (1875-1945) elaborou uma teoria dos contratos coletivos já em 1907. Nela, considerava-os normas de direito privado que tinham como função regular os contratos individuais, presentes e futuros, e dividiam-se em duas partes: uma obrigacional, outra normativa. Deviam ser celebrados pelas partes interessadas, uma das quais, necessariamente, uma organização de trabalhadores. Já naquela época o autor entendia indispensável a intervenção normativa do Estado para regular esta matéria. Foi precisamente esta doutrina que serviu de suporte ao Decreto alemão de contratos coletivos, de 1918. A partir daí, a intervenção estatal passou a formar parte das relações de trabalho na Alemanha. Sem dúvida, não é este o lugar apropriado para um estudo da obra e do significado deste autor para o Direito do Trabalho. Vale registrar, de qualquer modo, que sua trajetória vai desde o recolhimento das lições de seu predecessor, Philip Lotmar (embora tendo seguido uma corrente teórica diversa, pois este era adepto da concepção romanista do direito e Sinzheimer, um germanista), passando por uma vasta produção própria que encontra eco na elaboração legal e teórica do Direito do Trabalho alemão e europeu, até tornar-se uma referência fundamental para doutrinadores que lhe sucederam no tempo, como por exemplo, Otto Kahn-Freund, já mencionado neste estudo. O modelo weimariano de relações de trabalho, aqui analisado brevemente, recolhe da teoria de Sinzheimer grande parte de seus avanços. As referências aqui contidas são extraídas de dois livros e de um artigo desse autor mencionados na bibliografia ao final.

negociação coletiva e, por conseguinte, dos sindicatos, na formulação do modelo weimariano.

Deste modo, é possível afirmar que o modelo de relações de trabalho que resulta da Constituição de Weimar foi impulsionado decisivamente pelo contexto político que o antecede: a derrota da Alemanha na 1ª guerra mundial e a rebelião interna dos trabalhadores, também conhecida historicamente como a “Revolução de 1918/19”. Esta conexão de fatores demonstra que o papel do Estado como reformador social, atribuído com razão à República de Weimar, veio precedido pelas lutas sociais plasmadas, entre outras formas, pela autonomia coletiva exercitada pelo movimento sindical.

O **Acordo de Matignon** na França (1936), alcançado sob o governo do *Front Populaire*, é mais um exemplo do intervencionismo tutelar em defesa do reequilíbrio de poder em favor dos trabalhadores. Este Acordo abriu caminho para o reconhecimento jurídico da negociação coletiva, dos sindicatos, da representação dos trabalhadores nas empresas e de outros direitos básicos. Todos estes temas foram objeto de regulação através da intervenção normativa do Estado, no período imediatamente posterior ao Acordo. Tais conquistas tiveram curta duração. A resistência patronal à sua implementação, bem como o início da 2ª Guerra mundial acabaram levando à revogação de praticamente todos os avanços sociais obtidos<sup>59</sup>.

A 2ª guerra mundial desemboca, como é sabido, na quebra dos modelos democráticos da Europa ocidental, à exceção da Inglaterra. Os governos autoritários aproveitam os elementos corporativistas que podiam ser extraídos do intervencionismo estatal weimariano, adaptando-os às necessidades e práticas próprias do Estado totalitário, através de construções jurídicas que dão origem à outra herança de Weimar, o **garantismo individual**, em substituição à autonomia coletiva<sup>60</sup>. Trata-se aqui da versão totalitária de intervenção estatal, já examinada no item VII supra.

O desenvolvimento dos sistemas democráticos de relações de trabalho após o fim da 2ª guerra mundial traz consigo a esperança de um futuro novo, baseado nos princípios de liberdade e no império da lei. A trágica experiência do nazismo foi um incentivo para o estabelecimento de sistemas de relações de trabalho fundados no princípio do Estado democrático de direito. Os avanços de Weimar são retomados como referencial teórico, cujos valores e princípios, em boa medida, seriam incorporados na construção dos novos sistemas nacionais da Europa continental. E não apenas no âmbito das relações coletivas de trabalho, mas também na esfera constitucional. Alguns exemplos desta linha de continuidade são:

- a) o reconhecimento dos direitos fundamentais, com inclusão dos direitos sociais, através da Declaração de Direitos Humanos de 1948;

<sup>59</sup> A respeito do Acordo de Matignon, ver VERDIER (1993, p. 3), LYON-CAEN et alii (1994, p. 11) e RIVERO & SAVATIER (1993, pp. 54-57).

<sup>60</sup> BAYLOS, (1991, p.31). Ver também RAMM, (1994, pp. 351-357).

- b) a formulação concreta dos direitos fundamentais, através da Lei Fundamental de Bonn de 1949, com reconhecimento dos direitos coletivos no Art. 9, parágrafo 3º;
- c) Constituição italiana de 1948, com reconhecimento dos direitos coletivos do trabalho nos arts. 39 e 40;
- d) Constituições dos novos estados alemães (Länders), que assumiram a tradição e os princípios de Weimar;
- e) o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, que reconhece o direito de livre associação, posteriormente ratificado pela Constituição de 1958.

A análise do modelo de Weimar, como já visto, demonstra que a autonomia coletiva, na verdade, precede e impulsiona a intervenção estatal, justamente em oposição ao livre jogo de mercado<sup>61</sup>. A partir de tais pressupostos funda-se uma nova concepção de garantismo, que acolhe a tese da pluralidade de ordenamentos jurídicos-estatal e para-estatal a fim de subtrair o fenômeno sindical à ação normativa do Estado<sup>62</sup>. Esta nova versão de garantismo, como pode-se observar, difere essencialmente daquela outra antes descrita, praticada na Inglaterra. Neste caso, as relações coletivas de trabalho não são objeto de uma tutela negativa, mas sim transcendem o campo da norma estatal. O ordenamento jurídico assegura direitos coletivos, cuja forma e conteúdo devem alimentar a autonomia coletiva, isto é, permitir a efetiva implantação da livre ação sindical no cotidiano das empresas. Neste esquema, a negociação coletiva e seu produto, o contrato coletivo, assumem o papel principal. Daqui emerge o conceito de *legislação de sustento*, cujo exemplo maior, na Itália, é a Lei Nº 300/70, conhecida como Estatuto dos Trabalhadores.

<sup>61</sup> BAYLOS, (1991, p. 42) e também MARKOVITS (1988, pp.64-85).

<sup>62</sup> Esta nova versão de garantismo tomou corpo na Itália, especialmente nos anos 60 e 70, sob a denominação doutrinária de "*ordenamento intersindical*", em face das características que são enunciadas a seguir neste item. Gino Giugni, um dos mais notáveis juristas italianos, foi um dos principais teóricos na formulação de suas linhas mestras. Além de sua considerável influência na evolução da doutrina progressista do Direito Sindical, as formulações de Giugni revestem-se de particular importância no enfrentamento do debate filosófico entre as grandes escolas modernas de pensamento jurídico. A teoria desenvolvida por esse autor assume uma posição bastante crítica frente à pretensão totalizante do positivismo estatalista no campo das relações de trabalho. Afirma Giugni: "...a própria idéia de ordenamento legal como conjunto de princípios normativos com vida própria e aplicáveis a cada caso concreto por dedução, contrasta em grande parte com a riqueza e mutabilidade dos fenômenos de interesse do Direito Sindical." E, mais adiante, complementa o autor sua tese revelando suas referências: "...As manifestações de autonomia coletiva são expressões de complexa trama de relações (...) não podem limitar-se à perspectiva rigidamente formalista e circunscrita ao Direito originário dos órgãos de Estado. É convicção de parte da doutrina, portanto, que o conhecimento mais completo das manifestações da autonomia coletiva possa ser alcançado servindo-se como elemento heurístico, da noção de pluralidade dos ordenamentos jurídicos, segundo formulação de Santi Romano (1918)..." Cfr. GIUGNI (1990, p. 18-29).

Em síntese, pode-se afirmar que no modelo italiano do pós-guerra, a tutela legal assume um caráter plural: há uma legislação estatal que protege e dá suporte ao exercício dos direitos coletivos. Estes geram – em paralelo – um conjunto de normas de natureza eminentemente privada, cujo conteúdo incide diretamente na regulação do trabalho sem, no entanto, deixar-se absorver pelo ordenamento estatal. Por convenção, podemos denominar esta versão de **garantismo pluralista**.

Os modelos jurídicos mais recentes de garantismo estão conectados aos processos de redemocratização de Espanha e Portugal, já em meados da década de 70. O **intervencionismo estatal positivo** é a característica que define ambos os modelos constitucionais adotados por estes países. A noção de *Constituição dirigente* construída por Canotilho<sup>63</sup> e a intervenção normativa do Estado na fixação dos direitos coletivos do trabalho na Espanha<sup>64</sup> enunciam um novo papel do Estado, ao mesmo tempo que fornecem elementos importantes para a construção de um novo garantismo social.

Alguns juristas vêm realizando esforços doutrinários com vistas à crítica do atual Estado de Bem-estar e das diversas formas de garantismo até aqui praticadas nos países democráticos<sup>65</sup>. CAPELLA (1997) faz um interessante estudo sobre o compromisso político-social do Estado intervencionista, cujo conteúdo indica a

<sup>63</sup>Os conceitos de Constituição dirigente, ou ainda, de Constituição como processo tiveram grande repercussão na teoria crítica do Estado democrático de direito ao longo dos anos 70. Juntamente com Canotilho, outros dois autores portugueses – Jorge Miranda e Vital Moreira – assumiram um papel fundamental no desenvolvimento destas teorias que buscavam dotar a Constituição resultante da *Revolução dos Cravos* de um compromisso de transformação da sociedade portuguesa, partindo do Estado capitalista atual em direção ao socialismo democrático. A realidade não permitiu a concretização do mandamento constitucional voltado a este fim, o que ficou evidenciado pelas revisões constitucionais de 1982 e 1989. Vale ressaltar, a título ilustrativo, os fundamentos constitucionais relativos ao tema, citando o próprio autor: "...Na sua versão inicial, a Constituição Portuguesa apontava explicitamente objectivos a realizar e fins a alcançar. Esse carácter "finalista" estava bem expresso em normas fim e normas tarefa, como por exemplo, os arts. 1º, 2º e 96º (para além do próprio preâmbulo), onde se enunciava um projeto de transformação da sociedade em sentido socialista. A perspectiva de mudança e transformação social iluminava todo o ordenamento constitucional e integrava uma das suas características mais marcantes..." Cfr. CANOTILHO (1991, p. 30).

<sup>64</sup>Além de consagrar o Estado Social e Democrático de Direito, a Constituição Espanhola de 1978 assegurou a liberdade sindical, o direito de greve – ambos como direitos fundamentais – e o direito de negociação coletiva. A legislação infra-constitucional tratou de dar aplicação concreta a estes direitos, bem como à representação dos trabalhadores na empresa, regulando-os através de lei. O direito de greve, que segue regulamentado por lei anterior à Constituição, foi objeto de uma sentença do Tribunal Constitucional (STC Nº11, de 8 de abril de 1981) que redefiniu seus limites em atenção à Lei Maior. Estas formas intervenção estatal nas relações coletivas de trabalho não devem ser vistas como herança do intervencionismo franquista, dado que seus princípios e valores têm fundamento radicalmente diverso. Trata-se, isto sim, de um compromisso do Poder Público com a remoção dos obstáculos à realização da igualdade, princípio contido no art. 9.2 do texto constitucional. Daí a denominação de **intervencionismo estatal positivo** referida no texto. Vale ressaltar que as noções de constituição como processo e direitos fundamentais como princípios são abordadas de modo brilhante por José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO, em sua recente obra „La Constitución como proceso y la desobediencia civil”, ed. Trotta, Madrid, 1994.

<sup>65</sup>Especificamente neste sentido, além de CAPELLA e de FERRAJOLI, citados a seguir, vale a pena também a leitura de MATEUCCI (1998, Cap. 7, sobre a revolução democrática e o constitucionalismo francês) e de CORREAS (1993, Cap. 13, sobre a ideologia jurídica e o Direito do Trabalho).

inviabilidade de uma nova tentativa de reativação do que ele denomina *Pacto Social Keynesiano*. Afirma esse autor: "...tras haber subido por la escalera del pacto keynesiano, el empresariado estaba en condiciones de tirarla abajo y desarbolar casi enteramente, por medio de las políticas neoliberales, las posiciones arduamente conquistadas por las clases trabajadoras"<sup>66</sup>.

Esta linha de argumentação foi aprofundada por FERRAJOLI (1997). Esse autor, ao referir-se criticamente ao Estado de Bem-estar, reconhece seus resultados positivos nas esferas econômica e social, apontando o que chama de um desenvolvimento de fato. Mas afirma que tal desenvolvimento "...se ha producido en gran parte a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos, el juego no reglado de los grupos de presión y de las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y de los privilegios, así como de sedes extra-legales, incontroladas y ocultas de poder público y para-público"<sup>67</sup>.

Em obra mais recente, o mesmo autor complementa sua crítica: "...en otras palabras, el Estado Social, al no hallar respaldo en modelos teórico-jurídicos equiparables a los que se encuentran en la base del Estado liberal, se ha desarrollado sin ningún proyecto garantista, por medio de una caótica acumulación de leyes, aparatos y prácticas político-administrativas"<sup>68</sup>.

A construção de um novo garantismo social é, sem dúvida, uma difícil tarefa que ainda está por realizar. No campo das relações do trabalho, o pressuposto essencial desse processo deve ser o Estado Democrático de Direito. Partindo desta premissa, a autonomia coletiva pode ser tomada como um conceito chave<sup>69</sup>, em torno ao qual é possível formular as bases teóricas para novos garantismos, que recolham as experiências do passado, mas, com base na realidade, sejam capazes de apresentar fórmulas eficazes para a implosão controlada do edifício em ruínas que temos no Brasil. Ao mesmo tempo, torna-se cada dia mais urgente a elaboração de um projeto consistente que permita fixar os alicerces da nova casa.

## 10. Autonomia Coletiva como Princípio Fundamental do Estado Democrático de Direito

A idéia de codificação do trabalho evoluiu como desdobramento do Direito Civil napoleônico, com clara preponderância da regulação individual e de uma visão

<sup>66</sup> CAPELLA (1997, p.187).

<sup>67</sup> FERRAJOLI (1997, p. 863).

<sup>68</sup> FERRAJOLI (1999, p. 110).

<sup>69</sup> A autonomia coletiva pode ser definida como "...o poder de regulação das relações de trabalho atribuído às representações institucionais de trabalhadores e empresários", cfr. ALARCÓN (1995, p. 51). Também pode ser definida como "...a atividade de produção normativa em que consiste a negociação coletiva..." cfr. CORREA CARRASCO (1997, p.104). É possível também ampliar a abrangência deste conceito para nele incluir a liberdade sindical, entendida assim como direito de ação autônoma de grupos sociais organizados. Esta formulação mais ampla resulta na inclusão lógica, sob o conceito de autonomia coletiva, das formas de expressão dos conflitos do trabalho, como por exemplo, da greve. Neste trabalho, especialmente no item seguinte, é adotada a noção de autonomia coletiva em seu sentido amplo.

patrimonialista acerca dos direitos a serem regulamentados (SUPIOT, 1994)<sup>70</sup>. Sua pretensão totalizante, isto é, de regular todos os aspectos juridicamente relevantes das relações sociais afirma o caráter monista da legislação estatal, reservando um pequeno espaço subsidiário à expressão da autonomia privada através do contrato de trabalho. Neste desenho original da codificação do trabalho não se reconhece a dimensão coletiva como esfera hábil para proceder a regulação jurídica. Estamos, por assim dizer, ainda dentro da lógica e dos princípios do individualismo abstrato que embasam o Estado liberal.

Seria a partir de uma tradição distinta à do individualismo abstrato que o Direito do Trabalho viria a incorporar o fenômeno coletivo como objeto de sua regulação. Em oposição à visão romanista, o direito germânico desenvolve a idéia de que do contrato derivam-se obrigações de fidelidade e vínculos pessoais, que geram uma comunidade de direitos e deveres entre as partes. Tais princípios serviram de fundamento à organização corporativa da idade média e sua aplicação alcança a Revolução Industrial. Em que pese a descontinuidade histórica, é na própria Alemanha que ganha corpo a crítica das concepções individualistas e contratuais herdadas do Direito Romano. GIERKE, cuja obra restabelece a tradição jurídica propriamente germânica, combate simultaneamente o individualismo abstrato francês e a doutrina jurídica do Estado, desenvolvida por Hegel (SUPIOT, 1994)<sup>71</sup>.

Anos mais tarde, precisamente dentro desta linha teórica de GIERKE<sup>72</sup>, o jurista do trabalho SINZHEIMER viria a conceber sua obra numa perspectiva também claramente germanista, em aberta oposição ao contratualismo privatista. É certo que de suas formulações deriva-se a noção de comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), depois instrumentalizada pelos regimes totalitários na construção de seu particular sistema legal aplicável às relações de trabalho como um todo<sup>73</sup>. A este respeito, não é

<sup>70</sup> Alain Supiot, em sua obra "Critique du Droit du Travail" (1994, pp. 14-16), chama a atenção para a influência do Direito Civil, inspirado nos valores da Revolução Francesa de 1789, sobre o Código de Napoleão de 1804 e sua incidência sobre os sistemas jurídicos dos países vizinhos. A doutrina positivista torna-se hegemônica no campo jurídico e, com o vento a seu favor, atinge o direito do trabalho em sua etapa de formação legal, quando seus fundamentos ainda encontravam-se inseridos nas categorias do direito civil, do individualismo liberal e do contratualismo, próprias do direito privado. Neste contexto adverso, a autonomia coletiva estava fadada a esperar melhores dias para que pudesse vir a fazer parte do mundo jurídico do trabalho, o que de fato ocorreria mais adiante, como se verá a seguir.

<sup>71</sup> Supiot faz um detalhado estudo deste processo evolutivo da teoria jurídica do trabalho, demonstrando "...como a crítica à tradição romanista e a reabilitação da comunidade como fonte de direito cumpriram um papel fundamental na caracterização jurídica da relação de trabalho na Alemanha..." Cfr. SUPIOT, 1994, p. 17).

<sup>72</sup> Otto von Gierke preparou o caminho teórico para o desenvolvimento do Direito Coletivo do Trabalho no século XX centrando seus estudos na crítica à utilização do instrumental do Direito Romano às relações de trabalho. A figura do contrato foi seu alvo principal, rejeitando a valoração do elemento volitivo – da "vontade" – como fundamento ou essência do direito. Para Gierke, seja a vontade do indivíduo ou do Estado (aqui refere-se ao pensamento de Hegel), nenhuma delas pode ser a fonte última do Direito, pois esta será sempre a consciência comum. Cfr. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, 1895, p. 116-117, apud SUPIOT, 1994, p. 17. A obra de Gierke *Die Wurzeln des Dienstvertrages (1914)*, traduzida ao espanhol com o título "Las raíces del contrato de servicios" (ed. Civitas, Madrid, 1982) é um precioso instrumento de análise a respeito do assunto aqui examinado. Há nesta versão, um cuidadoso posfácio denominado "análisis crítico", de autoria do Prof. Germán Barreiro González, que contribui a uma melhor compreensão do pensamento e da obra deste extraordinário jurista alemão.

<sup>73</sup> Conforme analisado no item 8 supra.

demais lembrar que o direito corporativo, em suas distintas versões europeias do século XX, foi pensado não para produzir avanço ou mudança social, mas sim para freá-los, inserido numa clara perspectiva de massificação autoritária (ROMAGNOLI, 1997).<sup>74</sup>

Entretanto, é imprescindível registrar a respeito dessa mesma teoria jurídica de SINZHEIMER, que é com base nela que o Direito Coletivo do Trabalho ganha forma e conteúdo, de fato e de direito, na República de Weimar<sup>75</sup>. A conexão entre autonomia coletiva e Estado Democrático de Direito tem origem no instrumental jurídico concebido na Alemanha dos anos 20, conforme examinado anteriormente. É, portanto, desta interação entre princípios contraditórios – **autonomia coletiva**, cuja origem remonta ao direito privado, e **intervenção estatal**, cujos fundamentos dirigem-se a neutralizar a concepção jurídica privatista do liberalismo clássico – que surgirá o Direito Coletivo do Trabalho, inserido desde sua origem, com seus instrumentos de ação e pressupostos jurídicos que lhe são inerentes, dentro do Estado Democrático de Direito.

Segundo a visão de DÄUBLER (1998)<sup>76</sup>, o Direito do Trabalho deve ser estudado a partir do Direito Coletivo, pois a ordem de exposição da matéria que dá preferência ao direito individual produz a falsa sensação de que o Estado é o único criador das normas. Além disso, de pouco vale a norma individual quando, no cotidiano da empresa, o trabalhador não encontra apoio para sua defesa nos demais colegas ou na atuação do sindicato. Esta proposição de caráter metodológico é apoiada por ALARCÓN (1995), como veremos a seguir. Nesta perspectiva, a autonomia coletiva é o ponto chave e, portanto, deve ser o marco inicial no estudo da matéria que nos ocupa.

É importante frisar que a autonomia coletiva não surge em oposição à heteronomia estatal, mas sim em apoio a esta (ALARCÓN, 1995)<sup>77</sup>. Segundo este autor,

“toda esa construcción dogmática tiene muy poco que ver con el desarrollo histórico de ese fenómeno que llamamos autonomía colectiva. En efecto, la negociación

<sup>74</sup> Romagnoli aponta o papel concretamente repressivo cumprido pela aplicação da “Carta del Lavoro” italiana em relação aos direitos coletivos do trabalho. Seus princípios e sua teleologia estavam voltados, segundo esse autor, para conter o exercício das liberdades coletivas, aprisionando suas formas de expressão dentro do Estado corporativo, tendo por base o que chama de “o consenso imposto de cima”. ROMAGNOLI (1997, pp. 101-106).

<sup>75</sup> A importância da obra de Sinzheimer já foi referida neste trabalho, no item anterior. Alguns temas que foram objeto de suas teorias acabaram tornando-se o centro dos debates na formulação do modelo de relações de trabalho na República de Weimar e, por esta razão, são aqui mencionados de maneira específica. É de Sinzheimer, por exemplo, a definição do Direito do Trabalho como uma disciplina jurídica unificada e independente; segundo ele, não há nenhuma esfera do direito em que o direito público e o direito privado estejam tão entrelaçados como no Direito do Trabalho; também chamou atenção para o fato de que a teoria jurídica dominante é dogmática e limita-se à mera análise do direito positivo. E que por isso é necessária uma teorização subjacente, que tenha em conta a sociologia e determinadas matérias de política do direito, pois uma teoria do Direito do Trabalho que limite-se a conectá-lo às outras esferas do ordenamento jurídico não pode cumprir seus objetivos. E, finalmente, defende o trabalho do homem como realização de sua personalidade, o que lhe conduz ao entendimento de que a função do Direito do Trabalho é a de ser um ordenamento especialmente protetor dos seres humanos numa época de materialismo desenfreado. Cfr. SINZHEIMER (1910, pp. 1237).

<sup>76</sup> Ver DÄUBLER (1998, pp. 84-85).

<sup>77</sup> Para ambas citações a seguir, ver ALARCÓN (1995, pp. 53-54).

colectiva es algo que surge no como un derivado de la autonomía contractual, sino en abierta oposición a ella, y, por el contrario, no en oposición a la normativa estatal reguladora de condiciones de trabajo, pero sí en cambio, en oposición a la función de salvaguardia de las reglas del individualismo jurídico cumplida por el Estado”.

Esta concepção atualiza o debate italiano dos anos 60 em relação ao caráter extra-estatal das normas oriundas da negociação coletiva, pois reconhece a estas um lugar dentro do ordenamento jurídico estatal, ao qual incumbe sua proteção:

“...la evolución posterior es conocida: el Estado reconocerá el poder social de los trabajadores consistente en imponer colectivamente a los empresarios determinados límites a su determinación unilateral – que en eso consistía, en realidad, el contrato individual de trabajo – de las condiciones laborales de sus trabajadores. Así pues, la llamada autonomía colectiva es, primigeniamente, un fenómeno de heteronomía colectiva en relación con la autonomía individual del empresario, es decir, una imposición desde fuera que constriñe su voluntad contractual privada en relación a cada uno de sus trabajadores, imposición realizada por el colectivo de esos mismos trabajadores y garantizada por el Estado”.

O Estado está por tras, como garante, afiançador das soluções buscadas pelos sujeitos coletivos a fim de regular, de modo dinâmico suas relações (BOBBIO, 1990)<sup>78</sup>. Aqui já não se trata do Estado liberal – como antes examinado, no caso da tutela negativa dos direitos coletivos adotada pelo direito inglês – mas da estrutura jurídica própria de um Estado Democrático de Direito, com liberdade sindical assegurada e proteção jurídica às diversas formas de seu exercício, entre as quais figura a negociação coletiva.

O papel da autonomia coletiva é, no terreno normativo, regular através das diversas formas de negociação coletiva e de diálogo social, os seguintes pontos: 1) direitos exercitáveis individual ou coletivamente pelos trabalhadores, no âmbito das relações de trabalho; 2) as relações de poder na empresa, racionalizando e submetendo a procedimentos as faculdades e o poder de mando do empresário; 3) além do contrato de trabalho, participar da definição das políticas públicas relacionadas à regulação do mercado de trabalho, à proteção social e às políticas fiscais.

Esta diversidade de temas objeto da autonomia coletiva – evidentemente não limitada aos temas enunciados – dá margem à teorização em torno a um **direito de intervenção** (DÄUBLER, 1997), que envolva simultaneamente, num único sistema jurídico, a estas matérias tradicionalmente separadas em distintas áreas do ordenamento.

<sup>78</sup> Trata-se aqui da noção de fonte delegada do poder de negociação, mediante a qual, as formas de autocomposição de interesses – dentre elas a negociação coletiva de trabalho – não negam o Estado e sim configuram uma prática institucional, prevista no ordenamento jurídico e que consubstancia delegação do Estado aos cidadãos particulares (no caso, sindicatos e empresas ou entidades patronais) para que regulamentem de modo dinâmico e atualizado suas relações. Cfr. BOBBIO (1990, pp. 41-42).

Este redimensionamento estrutural dos ramos do direito, ao passar da esfera conceitual para a legislação deve ser acompanhado da efetiva implantação do direito de liberdade sindical. Caso contrário, sua efetividade estaria inevitavelmente comprometida pela debilidade ou ausência dos agentes coletivos que podem, de fato, impulsionar a materialização da autonomia coletiva nas relações sociais.

A ausência de um terreno institucional propício ao exercício da autonomia coletiva conduz ao distanciamento entre o contexto de formação dos direitos e o momento de sua efetivação. Abre-se um fosso temporal e aplicativo entre uma etapa e outra. A etapa de formação ou criação do direito é geral, coletiva e abrangente em sua eficácia, seja através de lei ou de negociação coletiva. Tais processos de criação da norma jurídica do trabalho têm como pressuposto o caráter coletivo e homogêneo do interesse a ser tutelado. A aplicação destes direitos, por outro lado, é judicial, atomizada. Ou seja, individual, fora da empresa e de maneira geral, após a ruptura do contrato de trabalho. As consequências deste fosso entre uma etapa e outra são: fragilização, mercantilização, descumprimento e, por fim, o esquecimento dos direitos legalmente tutelados.

No caso brasileiro, o importante papel reservado à jurisprudência constitucional no desenvolvimento aplicativo dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, lamentavelmente, não tornou-se realidade. Não temos um Tribunal Constitucional – batalha perdida pelos setores progressistas na Assembléia Constituinte – e a mais alta corte do Poder Judiciário segue tendo uma estrutura orgânica arcaica e autoritária, com juízes indicados pelo Poder Executivo, sem qualquer vestígio de legitimidade social. Os direitos sociais previstos na Constituição, cuja implementação depende de lei, seguem inaplicados em face da auto-limitação da jurisprudência constitucional, da omissão do Poder Legislativo e, em alguns casos, das restrições impostas pelo Executivo<sup>79</sup>.

Diante deste quadro, faz-se necessário buscar saídas no plano teórico que possam lançar as bases de um debate em torno da democratização de nosso Direito Coletivo do Trabalho, inclusive no âmbito processual. A tarefa é sabidamente difícil. De qualquer modo, relaciona-se a seguir, a título de exemplo, alguns pontos problemáticos para o exercício da autonomia coletiva. Na medida do possível, são apontadas alternativas conceituais para seu equacionamento na realidade brasileira tendo em consideração a análise procedida anteriormente.

Em relação aos sindicatos e sua legitimidade, é comum ouvir-se o argumento de que caem os níveis de associação e que, conseqüentemente, menor índice de trabalhadores sindicalizados equivale a menos protagonismo e menor legitimidade.

<sup>79</sup> Como exemplo, pode-se mencionar os seguintes direitos constitucionais: o art. 7º, I (proteção contra a despedida arbitrária); art. 10 (participação dos trabalhadores nos órgãos públicos, exercida no FAT e no FGTS, mas desativada na Previdência Social); art. 11 (representação dos trabalhadores nas empresas de mais de 200 empregados); art. 37, VII (direito de greve dos funcionários públicos); e do direito de negociação coletiva dos servidores públicos, de maneira insólita, não reconhecido pela jurisprudência do STF.

Contrariamente a esta linha de argumentação, é oportuno observar que, atualmente, os sindicatos efetivamente representativos têm sua legitimidade assegurada a partir de outros pressupostos, que não consideram apenas seu número de sócios. Nos sistemas de liberdade sindical, os sindicatos estão legitimados como sujeito social, representantes da cidadania e dos trabalhadores em geral, para a defesa de interesses coletivos de natureza diversa e não apenas daqueles temas relacionados ao contrato de trabalho.

Esta última concepção – adotada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países europeus – rejeita e supera a noção privatista, que limita-se a medir a representatividade dos sindicatos a partir de critérios meramente contratuais<sup>80</sup>, como requisito e fronteira da ação sindical. De acordo com a visão privatista, o sindicato está funcionalizado à negociação coletiva e à defesa judicial dos direitos assegurados pela lei ou pelos contratos (individual e coletivo) a seus associados. Na outra formulação, mais atualizada, o sindicato é reconhecido como agente social. Sua função de representação transcende a temática do contrato de trabalho e o âmbito de seus associados<sup>81</sup> para alcançar os interesses gerais dos trabalhadores<sup>82</sup> e interesses sociais outros<sup>83</sup>. Sua legitimação decorre do pressuposto de que a liberdade sindical é um direito fundamental e sua concreta representatividade é aferida através de instrumentos legais – como o conceito de sindicato mais representativo – que medem seu concreto enraizamento no mundo do trabalho.

Quanto ao tema da regulação jurídica dos direitos aplicáveis ao trabalho, é necessário ressaltar a diferença – na hora das reformas legais – entre a desregulamentação pretendida e a re-regulação praticada. Temos aqui duas faces da mesma moeda. A tônica das novas leis trabalhistas promulgadas tende a desconstituir o padrão anterior, liberalizando o mercado de trabalho. Concretamente, revogam-se direitos existentes para introduzir no sistema legal novas regras para o trabalho, cuja finalidade é liberar o empresário “do peso” daqueles direitos revogados. Assim, mediante uma nova regulação estatal desregula-se o trabalho, aumentando a margem de decisão unilateral do empresário na relação direta com o trabalhador. Este fenômeno demonstra que a flexibilização das relações de trabalho requer não apenas o mero afastamento do Estado. Exige, isto sim, um determinado tipo de re-regulação estatal,

<sup>80</sup> Aqui surgem os fundamentos da tese que aponta a fragilização dos sindicatos: a queda do número de filiados à entidade e sua perda de força para firmar contratos coletivos. Ora, a simples constatação de que o mercado de trabalho encontra-se em constante transformação e que a perda do emprego e as variações a que está submetido o trabalhador em sua vida profissional são dados da realidade refutam essa tese privatista e demonstram a necessidade de novos critérios para aferição da representatividade dos agentes coletivos.

<sup>81</sup> Tradicionalmente, os salários, as condições de trabalho, garantia de emprego, proteção de direitos, etc...

<sup>82</sup> Como, por exemplo: as políticas relacionadas ao mercado de trabalho, em defesa dos desempregados, dos jovens, dos temas relativos à formação profissional, dos imigrantes, da mulher;

<sup>83</sup> Como por exemplo: os relativos à proteção social (defesa de aposentados, acidentados, enfermos); os relacionados à ecologia e às condições ambientais e preservação de recursos naturais.

de conteúdo permissivo e precarizante<sup>84</sup>. Esta tendência exige como resposta um projeto de re-regulação protetiva, mas distinta da que aí está, pois esta já não consegue proteger o trabalhador de maneira eficaz. Pelo contrário, dá mostras cotidianas de seu esgotamento em face de sua inaplicação sistemática. Temos pois, um conflito anunciado entre duas estratégias de reforma da legislação ou, se preferirmos, de re-regulação da norma trabalhista: uma, de caráter protetor-participativo e outra, de inspiração liberal-permissiva.

De qualquer modo, não resta outra saída para atualizar o direito positivo que não seja a de acolher a pluralidade das formas de trabalho atualmente existentes, regulando-as juridicamente. O esquema doutrinário amplamente dominante no plano legal e jurisprudencial, que restringe a tutela estatal à típica relação de emprego – com seu caráter não eventual, fundado no elemento subordinação – é o pressuposto para excluir da tutela estatal as demais formas de trabalho, cuja incidência prática é cada vez maior. A estas, o direito positivo e a jurisprudência reservam a definição de fraude à lei, o que enseja punição penal, mas não a tutela trabalhista. Neste esquema doutrinário, portanto, o trabalho prestado em tais condições – por ser “ilegal” – permanece à margem de qualquer proteção jurídica.

A vida profissional está cada vez mais cindida entre tempos de trabalho e tempos de não trabalho. Esta disjuntiva a que estão submetidos os trabalhadores requer um sistema de proteção social igualitário, de caráter público. Daí a necessária conexão entre o Direito do Trabalho e a Seguridade Social, não apenas no plano teórico, mas principalmente no campo legislativo e na tutela judicial. Mais do que nunca a tradicional divisão destas áreas do direito, entre público e privado, perde o sentido diante da realidade. A figura criada por ROMAGNOLI (1997) para um contexto análogo, tem aqui plena vigência: trata-se de *dois cônjuges separados vivendo sobre o mesmo teto*<sup>85</sup>.

O direito deve ser compreendido como instrumento protetor dos mais fracos, como técnica de igualação num contexto em que a desigualdade material é o ponto de partida. Deve operar como mecanismo de convergência e integração entre as dimensões econômica e social. Para alcançar tais objetivos, é tarefa essencial a revisão do papel regulador do Estado. Mas, quando discutimos estes problemas e exigimos soluções inovadoras, a que desenho de Estado nos referimos? A institucionalidade vigente e os princípios que a orientam podem abrigar as mudanças conceituais necessárias? Em caso de que nossa resposta seja negativa, como fazer a mudança das regras do jogo institucional dentro dos marcos democráticos? Evidentemente, todas estas perguntas

<sup>84</sup> É o caso das leis espanholas, que permitem a contratação e sub-contratação de mão de obra temporária, sem causa, sem limites, sem negociação com o sindicato e com direitos reduzidos. No caso brasileiro, a recente Lei 9.958, de 12 de janeiro de 2000, que institui a possibilidade de criação de comissões paritárias de conciliação nas empresas, além de utilizar uma técnica de redação deplorável, abre caminho à legalização da fraude aos direitos trabalhistas básicos.

<sup>85</sup> Cfr. ROMAGNOLI (1997, p. 185), quando utiliza esta expressão para referir-se à problemática da forma de regulação jurídica do emprego público.

demandam soluções complexas, que exigem um debate teórico para além das controvérsias jurídicas do dia-a-dia. Este deve ser um compromisso essencial de todos os operadores jurídicos engajados na democratização da sociedade e na luta para que o Direito contribua para a melhora efetiva dos *standarts* de proteção social.

O debate em torno ao Estado conduz à discussão das formas de intervenção estatal e sua concreta incidência nas relações sociais. Aqui é preciso pontuar as diferenças entre intervenção normativa, administrativa e judicial, bem como ressaltar a omissão do Estado em certos momentos, que, ao atuar dentro de sua ampla discricionariedade deixa que se produzam certos resultados nocivos ao equilíbrio social<sup>86</sup>.

A superação dos limites da teoria liberal dos Direitos Fundamentais, calcada na defesa das liberdades negativas (que impedem o Estado de agir, a fim de proteger o indivíduo), oriunda da Revolução Francesa<sup>87</sup> é um desafio de primeira ordem para o redimensionamento do Direito do Trabalho na atualidade.

A batalha conceitual por um direito novo envolve a necessária afirmação, no plano legal, das liberdades positivas, que obrigam o Estado a agir, no sentido de realizar os direitos da cidadania e remover as desigualdades sociais<sup>88</sup>. A construção teórica de um novo Estado, e neste, a configuração de um novo direito social deve ter como pressuposto a adoção de instrumentos de tutela que estructurem a atuação do Poder Público de modo a dar eficácia social aos Direitos Fundamentais, mediante o exercício das liberdades em sua acepção positiva<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> No Brasil, por exemplo: no plano legislativo, a não regulamentação de Direitos Fundamentais previstos na Constituição; no plano judicial, a ausência de desenvolvimento jurisprudencial na determinação dos limites aplicativos dos Direitos Fundamentais, a demora para julgar dissídios coletivos cuja decisão interessa aos trabalhadores e a rapidez para julgar greves, cuja solução interessa aos empresários, ou ainda, o destino do mandado de injunção, segundo a jurisprudência do STF; no plano administrativo, examinar as prioridades concedidas à fiscalização do cumprimento das leis de proteção ao trabalho, o combate à sonegação de impostos e às fraudes e débitos com a Seguridade Social.

<sup>87</sup> BÖCKENFORDE (1993, pp. 48-52).

<sup>88</sup> Aqui é preciso atuar como um perdigueiro, isto é, seguindo pistas. E o Direito do Trabalho de signo transformador e democrático pode encontrá-las no Direito Constitucional e na teoria jurídica. Nessa linha de investigação, alguns autores fornecem material valioso. Entre aqueles citados na bibliografia ao final, FERRAJOLI (1997, cap. 13, pp. 860-860) examina com cuidado detalhamento o tema das liberdades positivas. Entre os autores traduzidos ao português, ver BOBBIO (1992, pp.1-10 e 49-65), onde além do tema das liberdades positivas e negativas, o autor sistematiza os conceitos de direitos de 2ª, 3ª e 4ª geração, numa classificação bastante útil ao tema que nos ocupa. Elias DÍAZ (1998, pp. 51-55), em seu *Curso de Filosofía del Derecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, também aborda o tema de maneira clara. Entre os alemães, vale mencionar dentro do campo progressista, a Peter HÄBERLE, (1983), *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Auflage, Heidelberg, com sua teoria da Constituição como processo aberto e a inclusão dos direitos sociais entre os direitos fundamentais. E, finalmente, Robert ALEXYY, já traduzido ao espanhol – *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1997, CEC, Madrid, pp. 361-365), que defende a concepção de que os direitos fundamentais não configuram um sistema fechado, mas sim aberto, pois a existência do direito geral de liberdade mantém aberta a possibilidade de novos direitos definitivos e de novos direitos tácitos.

<sup>89</sup> No Direito do Trabalho, MONEREO (1996-a, pp. 223-239) aborda diretamente o tema das liberdades positivas.

Contrariamente ao que os discursos oficiais nos querem fazer crer, estamos imersos num mundo com menos competição, na medida em que os grandes grupos econômicos possuem cada vez menos obstáculos ao comando mundial das transações comerciais (BECK, 1998). Não há um só mercado global, mas sim vários mercados regionais controlados por centros de decisão internacionalizados, de natureza privada. Neste contexto, aumentam as possibilidades de controle dos diversos mercados por parte do poder econômico concentrado, este sim, social e politicamente descontrolado.

É necessário fortalecer a sociedade, mas também é preciso fortalecer o Estado. Um novo Estado, pois o espaço vazio resultante das privatizações, da transferência de parte dos serviços públicos à iniciativa privada, ou mesmo, da abertura de fronteiras comerciais é ocupado de maneira quase absoluta pelos grandes grupos econômicos transnacionais, ou, nos países do capitalismo periférico, pelas máfias do crime organizado, fragilizando os Estados nacionais e suas possibilidades democráticas<sup>90</sup>.

A noção de pluralismo social deve ser compreendida como elemento básico do Estado democrático de direito. Existem, certamente, numerosas versões de pluralismo, entre elas a concepção radical de HYMAN (1978), que considera não ser suficiente a existência de um entramado de procedimentos, mas que exige também uma reestruturação das relações “fora da fábrica” para alcançar justiça. De todo modo, segundo POOLE (1993), pode-se associar a noção política de pluralismo à existência de sindicatos fortes e de um sistema consolidado de negociação coletiva.

Um determinado modelo legal, por mais bem elaborado que seja, pode fracassar em seu objetivo de alterar as atitudes e práticas sindicais, especialmente se a ideologia da qual emana o direito não consegue fazer com que se identifiquem com ela aqueles agentes aos quais a norma jurídica está dirigida<sup>91</sup>.

Os fundamentos aqui expostos indicam que o Direito do Trabalho necessita da busca permanente de consensos mínimos, de natureza formal (relativos a procedimento, regras do jogo), mas também de cunho material (direito substantivo, normas de caráter protetivo) entre os agentes sociais no exercício da autonomia coletiva. O Estado Democrático de Direito, tendo seus instrumentos de participação como pressuposto, deve ser o polo irradiador de tais práticas que, em última análise, reforçam sua legitimidade e dificultam sua dissolução. Em outras palavras, o exercício da autonomia coletiva fortalece o caráter público e democrático das relações sociais e a transparência na definição das políticas públicas, em contraposição à sua diluição no âmbito privado e às decisões tomadas à margem dos espaços de controle social.

<sup>90</sup> Cfr. DOMBOIS & PRIES, (2000, pp. 236-260), BECK, (2000, pp.20-66) e GORZ, (2000, pp. 18-35).

<sup>91</sup> Cfr. HEPPLÉ (1994, p. 50).

## Observações Finais

O Direito do Trabalho tem contribuído na Europa – especialmente a partir do final da 2ª guerra mundial – para a sedimentação de relações de trabalho minimamente equilibradas, nas quais o terreno de contraposição entre os direitos dos trabalhadores, de um lado, e o poder de direção e organização da empresa, de outro, foi sendo modulado em atenção a diversos fatores sociais. Dentre tais fatores encontramos as pressões desencadeadas pelo movimento sindical, a influência do governos nacionais e as iniciativas empresariais com vistas à desregulação do mercado de trabalho.

O Direito do Trabalho, é verdade, não questiona o sistema capitalista. Mas, em muitos casos, pode impor alguns limites importantes às formas de exploração geradoras de maior desigualdade social. Observa-se que, naqueles países em que governos de orientação socialista ou social-democrata por longos ciclos estiveram no poder, ou ainda, países nos quais a incidência das lutas sindicais foi particularmente intensa, tornou-se possível conseguir importantes avanços na regulamentação das condições de trabalho concretamente existentes (redução da jornada, proteção contra a dispensa imotivada, liberdade sindical, direito de representação dos trabalhadores na empresa, mecanismos de proteção à negociação coletiva). Idêntico enfoque aplica-se também ao âmbito da proteção social, através da consolidação do chamado Estado de Bem-estar.

É preciso reconhecer à ação do Direito do Trabalho a capacidade para pacificar em muitas ocasiões as sociedades industrializadas, desativando a conflitualidade endêmica e canalizando os reais conflitos inerentes às relações de trabalho aos mecanismos apropriados de solução e ajuste (negociação coletiva, greves, mediações, arbitragens, jurisdição).

Este modo de atuar do Direito do Trabalho – não isento de contradições – buscando o equilíbrio entre o desejável e o possível em cada realidade social concreta foi construído a partir de alguns conceitos chave, cuja origem encontra-se no direito alemão, do período conhecido historicamente como “República de Weimar” (1919/1933). Entre tais idéias temos o intervencionismo estatal proteccionista, o papel impulsor do movimento sindical, a negociação coletiva, a representação coletiva dos trabalhadores nas empresas e seus direitos de participação.

Todas estas formulações e conceitos próprios do Direito do Trabalho seguem sendo atuais, embora seja necessário reexaminar seus conteúdos à luz de seus resultados. Para isso, deve-se tomar como referência obrigatória as novas realidades produtivas, os novos perfis empresariais e às mudanças sócio-econômicas e políticas que incidem sobre as relações de trabalho que se pretende normatizar.

Assim, podemos concluir este breve estudo afirmando que se o Direito do Trabalho não consegue relacionar-se com os demais elementos que conformam a realidade social na qual deve incidir tende à ineficácia e, pouco a pouco, generalizam-se práticas de descumprimento massivo da legislação. Se esta realidade modifica-se com rapidez é indispensável perguntar-se em que medida também se fazem necessárias

adaptações conceituais e legais que reconduzam e garantam a conexão entre a regulação jurídica do trabalho e a realidade material que lhe é subjacente.

## Referências Bibliográficas

- ALARCÓN, Manuel Ramón. "La Autonomía Colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos", in: ALARCÓN & DEL REY (Comps.), *La Reforma de la Negociación Colectiva*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- ALONSO, Luis Enrique. *Trabajo y Ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*. Madrid: ed. Trotta, 1999.
- ARMINGEON, Klaus. *Staat und Arbeitsbeziehungen: ein internationaler Vergleich*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1994.
- BAYLOS, Antonio. *Derecho del Trabajo: Modelo para Armar*. Madrid: ed. Trotta, 1991. Há tradução para o português: *Direito do Trabalho: Modelo para Armar*. São Paulo: LTr, 1999.
- BAYLOS, Antonio. "Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles", in: BAYLOS & APARICIO, *Autoridad y Democracia en la empresa*. Madrid: ed. Trotta, 1992, pp. 157-177;
- BAYLOS, Antonio. "Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo", in: *Revista de Derecho Social*. Albacete: nº1, 1998, pp. 11-37;
- BECK, Ulrich. *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1997.
- BECK, Ulrich (org.). *Politik der Globalisierung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- BECK, Ulrich (org.). *Die Zukunft von Arbeit und Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.
- BENITES, Flávio. *Direito Sindical Espanhol: a transição do franquismo à democracia*. São Paulo: ed. Ltr, 1997.
- BERGHAHN, Volker e KARSTEN, Detlev. *Las Relaciones Laborales en Alemania*. Madrid: Min. Trabajo, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: ed. Polis, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: ed. Campus, 1992.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden Baden: Nomos Verlag, 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*. Madrid: ed. Trotta, 1997.
- CELLA, Gian Primo e TREU, Tiziano. *Las Relaciones Industriales en Italia*. Madrid: Min. Trabajo, 1991.
- CORREA CARRASCO, Manuel. *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*. Madrid: ed. BOE/Univ. Carlos III, 1997.
- CORREAS, Oscar. *Introducción a la crítica del Derecho Moderno*. Puebla-México: ed. Triana, 1993.

- CRUZ VILLALÓN, Jesus. *La Representación de los trabajadores en la Empresa y en el Grupo: un marco legal insuficiente*. Madrid: ed. Trotta, 1992.
- DÄUBLER, Wolfgang. *Tarifvertragsrecht, Ein Handbuch*. Baden-Baden: 3.Auflage, ed. Nomos, 1993.
- DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha*. São Paulo: ed. LTr, 1997.
- DÄUBLER, Wolfgang. *Das Arbeitsrecht, volumes 1 e 2, Leitfaden für Arbeitnehmer*. Hamburg: 15. Auflage, ed. Rororo aktuel, 1998.
- DÄUBLER, Wolfgang. *Arbeitsrecht, Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium*. Frankfurt am Main: 2. Auflage, Bund Verlag, 1999.
- DÄUBLER, Wolfgang. *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*. Baden-Baden: 10.Auflage, Nomos Verlag, 2000.
- DOMBOIS, Rainer e PRIES, Ludger. *Relaciones laborales entre mercado y Estado. Sendas de transformación en América Latina*. Caracas: ed. Nueva Sociedad, 2000.
- EBERWEIN, Wilhelm; THOLEN, Jochen e SCHUSTER, Joachim. *Besondere Probleme der Europäisierung der Arbeitsbeziehungen aus britischer, französischer, italienischer und deutscher Sicht*. Bremen: ed. Kooperation Univ. Bremen-Arbeiterkammer, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: ed. Trotta, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid: ed. Trotta, 1999.
- FRICKE, Werner (org.). *Arbeitsorganisation, regionales Entwicklung und industrielle Demokratie*. Forum Zukunft der Arbeit, Band 7, Bonn: ed. Friedrich Ebert Stiftung.
- GORZ, André. *Arbeit zwischen Misere und Utopie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2000.
- HEPPLE, Bob. (Comp.). *La Formación del Derecho del Trabajo en Europa: Análisis Comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*. Madrid: Min. Trabajo, 1994.
- HYMAN, Richard. "Pluralism, procedural consensus and collective bargaining". *British Journal of Industrial Relations*. nº 16, pp. 16 – 40, 1978.
- JACOBS, Antoine. "La Autonomía Colectiva", in: HEPPLE. pp. 239 – 295, 1994.
- JEAMMAUD, Antoine. "Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa", in: BAYLOS & APARICIO. pp. 179-190, 1992.
- KAHN-FREUND, Otto. "Labor Law", in: *Law and opinion in England in the twentieth century*. Londres, ed. M. Ginsberg, pp. 215 – 263, 1959.
- KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo y Derecho*. Madrid: ed. Min. Trabajo, 1987.
- LEWIS, Roy. „The historical development of Labour Law”, in: *British Journal of Industrial Relations*. vol. XIV, Nº1, 1976.
- LORD WEDDERBURN. *The Worker and the Law*. London: Sweet & Maxwell, 1986.
- LYON-CAEN, Gérard; PELISSIER, Jean e SUPLOT, Alain. *Droit du Travail*. 17 Édition. Paris: Dalloz, 1994.

- MARKOVITS, Andrei. *La Política de los sindicatos en Alemania Occidental: estrategias de clase y representación durante el crecimiento y la crisis*. Madrid: Min. Trabajo, 1988.
- MARSH, David. *The New Politics of British Trade Unionism. Union Power and the Thatcher Legacy*. London: ed. Macmillan Press, 1992.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*. Madrid: ed. Trotta, 1998.
- MIGUELEZ, Faustino e PRIETO, Carlos (dirs.). *Las Relaciones Laborales en España*. Madrid: ed. Siglo Veintiuno, 1995.
- MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*. Madrid: ed. Consejo Económico y Social, 1996-a
- MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo: una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996-b.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*. Madrid: Trotta, 1999.
- OIT. "El Trabajo en el Mundo". *Informe General*. Ginebra: ed. OIT, 1998.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: ed. Trotta, 1997.
- PERROTE-ESCARTIN, Ignacio. *Ley y Autonomía Colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. Madrid: ed. Min. de Trabajo, 1987.
- PIQUERAS, Carmen. *El Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos: una reflexión sobre su naturaleza y eficacia*. Madrid: ed. Ibidem, 1998.
- POOLE, Michael. *Relaciones Industriales: modelos y orígenes de la diversidad nacional*. Madrid: Min. Trabajo, 1993.
- PRIES, Ludger e GARZA, Enrique de la. (Comps.). *Globalización y cambios en las relaciones industriales*. México, DF: ed. Fundación Friedrich Ebert, 1999.
- PUIG, Nuria. *Trabajo, Sociedad y Estado: Los Sindicatos Libres en la República de Weimar*. Madrid: ed. Min. Trabajo, 1988.
- RAMM, Thilo. "El nuevo orden del Derecho del Trabajo: 1918-1945", in: *HEPPLE*. pp. 337 – 360, 1994.
- RAMOS FILHO, Wilson. *O Fim do Poder Normativo e a Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1999.
- RIGBY, Mike e SERRANO, Rafael. (coords.). *Estrategias Sindicales en Europa: Convergencias o Divergencias*. Madrid: ed. CES, 1997.
- RIVERO, Jean e SAVATIER, Jean. *Droit du Travail*. 13e. Édition. Paris: Presse Universitaire de France, 1993.
- ROMAGNOLI, Umberto. *El Derecho, el Trabajo y la Historia*. Madrid: ed. CES, 1996.
- SCHIECK, Dagmar. *Europäisches Arbeitsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 1997.
- SCHULTZ, Cristina. *Formação Profissional e Negociação Coletiva: o modelo espanhol*. São Paulo: LTr, 1998.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio. *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*. Madrid: ed. Akal, 1982.

- SINZHEIMER, Hugo. *Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung*. 2. Auflage. Berlin: Dunckler & Humblot, 1977.
- SINZHEIMER, Hugo. "Die Fortentwicklung des Arbeitsrechts und die Aufgabe der Rechtslehre", in: *Soziale Praxis*. vol. 20, pp. 1237 e segs., 1910.
- SINZHEIMER, Hugo. *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. Berlin: reedição de Dunckler & Humblot, 1977.
- STREECK, Wolfgang. *Korporatismus in Deutschland: zwischen Nationalstaat und Europäischer Union*. Frankfurt am Main-New York: Campus Verlag, 1999.
- SUPIOT, Alain. *Critique du Droit du Travail*. Paris: PUF, 1994.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (coord.). *Sindicalismo y Cambios Sociales*. Madrid: ed. CES, 1994.
- VERDIER, Jean-Maurice. *Droit du Travail*. 9e. Édition. Paris: Dalloz, 1993.
- ZACHERT, Ulrich e OPPOLZER, Alfred. *Krise und Zukunft des Flächentarifvertrages*. Baden-Baden: ed. Nomos, 2000.
- ZACHERT, Ulrich. *Lecciones de Derecho del Trabajo Alemán*. Madrid: Min. Trabajo, 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: ed. Trotta, 1997.

## O SEGREDO MÉDICO: AS IDÉIAS DE UM MÉDICO LEGISTA NO BRASIL NO INÍCIO DO SÉCULO

Flávio Vilas Boas Trovão\*

**RESUMO:** O acadêmico Alvaro da Rocha, na época de sua formatura na Faculdade de Medicina da Bahia, apresentou um estudo sobre o “Segredo Médico” revelando neste trabalho, uma série de conceitos e normas a respeito da profissão e conduta do médico, principalmente quando seus conhecimentos entravam em contato com outra ciência da época: o direito. Assim, sua pesquisa demonstra como o médico deve portar-se enquanto testemunha nos tribunais. Conceitos como Justiça e “segredo” profissional estão permeando esta tese de doutoramento, escrita em 1906, na Bahia, revelando um intenso debate que ocorria dentro da medicina a respeito dos limites do direito, bem como, das questões de higiene e intervenção social. O presente artigo se refere a um estudo de caso sobre tal tese de medicina legal, observando como esta ciência se instituiu social e intelectualmente no Brasil e que diálogos e discussões foram firmados entre estes diferentes profissionais ditos “liberaes” – o bacharel de direito e o médico. Neste sentido, procurou-se analisar como dois campos distintos do mundo científico estão se aproximando, gerando o aparecimento de um novo intelectual, o médico-legista. Este profissional, respaldado por seu conhecimento considerado necessário a sociedade, volta seu olhar para a vida cotidiana dos brasileiros.

### 1. Um Mundo em Mudança

A passagem do século XIX para o XX, representou para muitas sociedades do ocidente, um momento de profundas mudanças quer nos campos da política e do meio urbanístico, como também no campo das idéias e mentalidades.

Segundo Walter Benjamin<sup>1</sup>, estas mudanças vividas no início do século caracterizam aquilo que o autor chama de modernidade. Entendida como uma experiência, ou seja, fruto de uma determinada vivência dos homens daquela época, Benjamin encontra na imagem do *Flaneur* a sua grande expressão do homem moderno: o indivíduo diante da grande metrópole. Nesta metrópole moderna, agora pautada num novo traçar urbanístico, científico e racional, o ato da *flaneurie* – o andar pela cidade – passa a ser, por si só, uma experiência nova para os homens do início do século.

O *flaneur* ao andar pela cidade – ou “experimentá-la”, percebe o mundo da metrópole como um espaço complexo de constante mudanças; um mundo que não possibilita mais a contemplação do eterno, mas, ao contrário, impõem o ritmo da constante novidade, do sempre “atual”. Nesta constante atualização de um presente que deve lutar em manter-se sempre como novidade, o passado – sua antítese – não deixa de se apresentar também como uma constante. É neste sentido que Benjamin

\* Professor de Filosofia da Faculdades do Brasil.

<sup>1</sup> BENJAMIN, Walter. *Obras Escolhidas*. Vol. III. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992.

está pensando a alegoria de “ruína”, ou seja, a experiência da modernidade sempre remete a um passado que por mais que se negue, torna-se presencial, pois, é a partir da ruína do que existiu, que se edifica o presente moderno.. É como se o homem moderno vivesse um constante “*deja-vú*”.

As mudanças no olhar do homem moderno dar-se-ão também nos seus hábitos e costumes. Neste sentido, para o Brasil, tais mudanças representavam uma superação do atraso econômico e social; a necessidade de uma civilização dos costumes, que passou, em um primeiro momento, pela implementação de novos traçados urbanos, representantes de uma concepção moderna de cidade. Etelvina Maria de Castro Trindade, em artigo publicado nos anais da reunião da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica<sup>2</sup>, aponta para uma possível adaptação dos grandes modelos urbanísticos criados na Europa no final do século XIX e início do XX às cidades brasileiras. Neste artigo, partindo de um diálogo entre Robert Schwart e Roger Chartier, a autora demonstra como os grandes modelos de reforma das metrópoles européias não foram simplesmente transplantados para a vida cotidiana brasileira, mas, indo além, foram *adaptados* a possibilidade de realização no país. Neste sentido, os novos modelos urbanísticos buscam colocar o Brasil em pé de igualdade às grandes cidades da Europa, gerando assim, uma forma muito peculiar de execução destes planos.

O mundo urbano tornou-se uma importante preocupação de muitos grupos intelectuais na virada do século, principalmente no que se refere as questões ligadas a higiene, condições de vida e salubridade da população. Um grande número de intelectuais como médicos, engenheiros, pedagogos, bacharéis de direito encontram na mudança do século, uma possibilidade real de intervenção no meio social, seja na aplicação de reformas e leis que distanciasse o país do atraso colonial, com efeitos ainda muito presentes, seja na inovação de espaços que possibilitassem uma sociabilidade mais “moderna” ou “progressista”<sup>3</sup>.

Este novo agente modernizador possuía um status que lhe garantia o poder de falar, estudar, comentar e até mesmo intervir nos destinos e problemas da nação: o conhecimento científico. Em pleno auge das teorias científicas, estes homens, através de seus saberes, passaram a estudar e dedicar suas falas, às diversas questões de ordem nacional, cotidiana, cultural, econômica, política, etc.

Desta forma, o conhecimento acadêmico adquiria uma autoridade maior, ao analisar e propor soluções para as discrepâncias socio-econômicas vividas no Brasil naquela virada de século. Respaldados por suas teorias acadêmicas, que atribuía um valor de verdade às suas falas, o que se vê nas primeiras décadas deste século é uma confluência de interesses destes campos intelectuais, como também, uma disputa de poder pela afirmação e possibilidade de intervenção social de cada área.

<sup>2</sup> TRINDADE, Etelvina. “Espelho e modelo: a internacionalização do pensamento urbanístico. Curitiba na virada do século”. In: *Anais da XIX Reunião*. Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica. Curitiba, 1999.

<sup>3</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão social no Brasil. 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

É neste “clima” de mudanças e debates que podemos perceber nos diálogos entre párias, nas ações comuns dos grupos intelectuais da época, a constituição de um Brasil moderno. Se não ainda em suas práticas e instituições, pelo menos buscava-se em sua elite intelectual. Progresso, Ordem, Nação, conceitos que tornaram-se recorrentes nos discursos acadêmicos. Naquela virada de século, estas eram as máximas do moderno<sup>4</sup> nos trópicos.<sup>5</sup>

Intelectual de prestígio no início do século, o médico deixou de ser visto como apenas um prático ou um boticário, passando a desfrutar de um *status*, até hoje muito preste nos meios sociais, graças ao seu conhecimento. Como conhecedor e portador de um saber científico, portanto “neutro e desvinculado das paixões”<sup>6</sup>, a figura do bacharel em medicina tornou-se peça importante na construção de um novo cidadão. Capaz de cuidar da saúde do corpo de seus compatriotas, o médico demonstrava sua capacidade de cuidar também do corpo da nação<sup>7</sup>.

Michel Foucault nos mostra como ao longo do século XIX, com o nascimento da Clínica Moderna, os discursos médicos adquirem uma nova dimensão, a do mundo político. Para o autor, o poder é inerente ao discurso, ou melhor, já é este um exercício de poder, o que atribui ao bacharel em medicina um reconhecimento social de autoridade pública. Se exercer a medicina é uma forma de exercício político, a “arte médica” agora deixa de ser um mero sacerdócio para tornar-se uma necessidade social: “a primeira tarefa do médico é portanto política”.<sup>8</sup>

Assim, os diferentes campos do discurso médico, criticavam as mazelas do país e a necessidade de intervenção racional e científica nos hábitos e práticas da sociedade. Porém, estes cientistas ainda falavam a seus pares, em teses de conclusão de curso e revistas especializadas de cada área.

<sup>4</sup>O termo “moderno” vem sendo entendido neste contexto nacional da virada do século como o conjunto de conceitos criados no século XIX que compreendem idéias de nação, ciência, positivismo, que vários autores demonstram, principalmente in: HERSCHMANN, M. e PEREIRA, C. *A invenção do Brasil moderno. Medicina, Educação e Engenharia nos anos 20-30*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

<sup>5</sup>Vários autores apontam para este processo de início da chamada modernidade brasileira. Entre os mais importantes, destacamos: HERSCHMANN, M. e PEREIRA, *op. cit.*; MARQUES, Vera Regina B. *A medicalização da raça: médicos, educadores e discurso eugênico*. Campinas: Editora da Unicamp, 1994; RODRIGUES, Marília Mezzomo. *A prevenção da decadência*. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 1998; SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão social no Brasil. 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

<sup>6</sup>Um grande exemplo desta “neutralidade” pregada pelos médicos em seus discursos está na fala do doutor Pedro de Alcântara Nabuco de Araújo, em sua tese sobre “Loucura Puerperal”: “É necessário por de lado preconceitos, idéias pré-concebidas, que podem conduzir à teorias deploráveis; aqui somente a análise desapassionada e a observação criteriosa e imparcial dos fatos teve lugar.” In: ARAÚJO, Pedro. *Loucura Puerperal*. Tese defendida junto a Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro. 1883

<sup>7</sup>Sobre esta relação corpo biológico e corpo social, ver: FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.; e ainda, FONTANELA, Francisco Cock. *O corpo no limiar da subjetividade*. Piracicaba: Unimep, 1995.

<sup>8</sup>FOUCAULT, *op. cit.* página 37.

Mas, no início do século XX, novas vozes tornam-se ouvidas. Em alguns momentos elas se encontram, em outros, criticam-se, afastam-se, enfim, divergem. A quem caberia a autoridade de implementar a modernidade no Brasil? Médicos, juristas, engenheiros e pedagogos passam a disputar um espaço de atuação, bem como, o status de cientistas.

Neste sentido, a medicina legal baiana ganha um importante destaque no mundo acadêmico daquela época. Sob o comando de Raimundo Nina Rodrigues<sup>9</sup>, os jovens doutores do início do século XX passaram a estudar e comentar as virtudes e defeitos do campo jurídico. Por sua vez, juristas respondem tais críticas e criam seus próprios conceitos a respeito da medicina<sup>10</sup>. Em que aspectos, médicos e juristas determinavam o que era específico de suas áreas e o que lhes permitia uma ação conjunta? Na fala de Álvaro Thyrso da Rocha, médico formando da turma de Medicina de 1906, da Faculdade da Bahia, talvez possamos encontrar pistas que nos explique como eram estes calorosos diálogos.

## **2. O Segredo Médico**

“No exercício da arte clínica, qualquer que seja o ramo predilecto do vosso labor, há um principio de deontologia que não desertareis em caso nenhum...o segredo médico.”

Dr. Francisco de Castro

Nestes conselhos do doutor Francisco de Castro, o jovem formando Alvaro da Rocha encontrou boa parte da argumentação necessária a sua “tese” de doutoramento em medicina, naquele ano de 1906, intitulada “Segredo Médico”<sup>11</sup>.

A obra, rica em críticas as ciências e legislações que pretendem colocar-se acima do poder milenar que a pessoa do médico desfruta, discute questões como o sistema penal e a jurisprudência brasileira, como também, temáticas referentes à então jovem ciência da Higiene, principalmente no que se refere a educação das crianças e aos ambientes familiares.

Levando o leitor para um breve passeio pelas civilizações da antiguidade, desde a longínqua Índia, à intelectual Grécia, passando também pelo período das “Trevas” do Ocidente – a Idade Média – até chegar na glória da Revolução Francesa, o autor

<sup>9</sup> Ver BARROS, P. M. “Alvorecer de uma nova ciência: a medicina tropicalista baiana”. In: *História, Ciência e Saúde: Manguinhos*. Vol. IV (3). Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1997.

<sup>10</sup> As falas dos bacharéis de Direito a respeito da constituição da Medicina Legal no início do século, ainda está para ser levantada na segunda etapa da pesquisa, quando, a partir do cruzamento dos discursos médico e jurídico, buscar-se-á uma conclusão a respeito da formação desta elite intelectual.

<sup>11</sup> ROCHA, Alvaro Thyrso da. *Segredo Médico*. Tese de doutoramento apresentado a Faculdade de Medicina da Bahia. 1906. Obs: Eram comumente chamadas de teses de doutoramento, os trabalhos de pesquisa de conclusão de curso para recebimento do grau de bacharel em Medicina e Direito. Daí o tratamento “doutor” a estes profissionais.

tenta mostrar como a questão do segredo médico, ou o que hoje classificaríamos como uma questão de ética profissional, sempre foi a grande característica do sacerdócio médico. Sacerdócio este, que à luz daquele ministerial exercido pela Igreja, assemelha-se em seus segredos tanto nos conhecimentos e caminho de formação, como também, no que se refere a manutenção do segredo dos fiéis/pacientes. Mas, por que tal problemática intrigava tanto nosso jovem doutor? Por que este dedicou tanto tempo de estudo a questão do segredo que o médico deveria manter entre si e seus pacientes? O que vinha a ser o tão defendido segredo médico?

Ao longo da leitura do texto, o que vai surgindo é, no fundo, um grande conflito entre a medicina clínica e o novos códigos jurídicos que a República vinha implantando naqueles primeiros anos do século XX no Brasil, e a necessidade das ciências médicas criarem um novo campo profissional que atendesse a demanda jurídica, principalmente nos tribunais, quando julgando casos de crime. Também era necessário isentar-se o clínico, ou chamado “médico de família” de expor as particularidades de seus clientes no espaço público. Em suma, uma questão que dizia direito a privacidade das famílias frente às instituições públicas que vinham se formando, ou em outras palavras, uma questão de delimitação do que era próprio do espaço médico, quando a serviço de outro campo, o judiciário; e o que lhe era próprio no espaço privado do consultório ou casa de família.

Tal preocupação é típica dos homens que viveram aquilo que se chamou ou costuma chamar-se de modernidade. E é justamente nas duas primeiras décadas deste século, no Brasil, que podemos vislumbrar um pouco desta esfera do moderno, ou da conhecida Belle Époque<sup>12</sup>. Para Peter Gay<sup>13</sup>, em sua análise sobre a formação de uma sociabilidade burguesa na época vitoriana – ou seja, o século XIX – ocorreu um processo de expansão do ódio, gerando assim, uma nova forma de organização social entre as pessoas. Determinados aspectos da vida humana, foram concebidos como próprios da família, do lar, do espaço fechado, ou seja, do privado, em contraposição a uma ação efetiva do estado em expansão – o espaço público. Assim, a sociedade moderna burguesa passou a combater, por exemplo, os suplícios públicos e condenações como o enforcamento, em proveito da reclusão e execução dos seus criminosos nos próprios ambientes de cárcere. Poupar a família do espetáculo de uma execução, não significava um abrandamento dos comportamentos de ódio da sociedade, mas ao contrário, um refinamento e adesão dos indivíduos a ação do Estado.

Ora, o jovem doutor Alvaro da Rocha, no primeiro capítulo de seu trabalho, insiste na questão de que, aquilo que seus pacientes com ele partilham, seja no consultório – de menor frequência- seja nas visitas às casas das famílias, deve permanecer como um segredo tão sagrado, quanto o é a confissão para o padre, pois,

<sup>12</sup> Ver: NEEDELL, Jeffrey D. *Belle Époque tropical: sociedade e cultura de elite no Rio de Janeiro na virada do século*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

<sup>13</sup> GAY, Peter. *A experiência burguesa da rainha Vitória a Freud*. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

desta postura depende todo o sistema de afirmação da profissão médica como um officio de confiança.

Percebe-se assim, como os valores típicos do mundo moderno, conforme nos demonstrou Gay, vão além de uma mera questão de classe, e tornam-se práticas sociais, bem como a delimitação dos espaços privados, enquanto o posto daquele de atuação do Estado. Neste contexto, a própria noção de Estado passa por uma mutação; de local exclusivo de exercício do poder, como o era concebido no Antigo Regime, torna-se no mundo burguês, a criação do coletivo, o espaço de interesse de todos. Forma de manutenção dos valores burgueses e local de execução dos chamados “instrumentos coercitivos”; é neste sentido que toda a obra de Michel Foucault vem demonstrar que com a constituição das sociedades modernas, uma série de práticas e instituições foram articuladas, com o objetivo maior de manter dos valores da família e do Estado<sup>14</sup>.

Não seria esta a preocupação do doutor Rocha, ao comentar que o médico, ao revelar os segredos que lhe eram confiados no espaço da família e do consultório, estaria pondo em xeque todo o sistema de valores em que se constituiu a medicina clínica? Ou melhor, o sistema de valores a que o neodoutor se refere, não seria na verdade, aquele que a vida moderna, ou a prática burguesa vinham apregoando como necessários para a vida em sociedade? É válida esta preocupação, na medida em que o médico, nestes primeiros anos do novecentos, ainda disputava espaços com práticos e parteiras, que tinham a tradição do atendimento domiciliar. Assim também, era uma questão de confirmar-se enquanto profissional<sup>15</sup>.

Porém, para os juizes e magistrados daquela época, a sonegação de informação constituía uma afronta à autoridade do Judiciário, e deveria ser punida. O Código Penal de 1890<sup>16</sup>, previa a prisão àquele que, sabendo de motivo ou causa de crime, não prestasse depoimento, mesmo sendo intimado. Mas, o mesmo Código também previa em seu artigo 192 o crime de revelação de segredo que tenha sido conhecido

<sup>14</sup> Dentre as principais obras, destaco a “História da Sexualidade”, onde o autor busca analisar como a sociedade burguesa, ao contrário do que pode parecer, não reprimiu o sexo e a sexualidade, mas sim, tornando-a exposta e conhecida criou sistemas de controle sobre ela. Da mesma forma, em “Vigiar e Punir”, Foucault destaca a formação de um sistema penal pautado na punição privada e na exclusão, retirando do campo público e do convívio social o marginal. Nesta nova tecnologia do poder, a vigilância desempenha um papel fundamental de autocontrole. Finalmente, em “O nascimento da Clínica”, Foucault demonstra como a medicina clínica do século XIX passa a ser uma forma de intervenção direta sobre o corpo dos indivíduos e não mais sobre os seus espaços de convivência- como a medicina urbana alemã, ou também chada social. Ver: FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. (4ª.ed.), 1994. \_\_\_\_\_, *Vigiar e punir*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1995. \_\_\_\_\_, *História da sexualidade*. 6ª ed. São Paulo: Forense Universitária, Vol 1, 1994.

<sup>15</sup> Sobre esta questão da profissionalização médica, além da obra de Foucault, um estudo muito interessante foi realizado pelo sociólogo Edmundo Campos Coelho, a respeito da legislação e do processo de profissionalização, daquelas carreiras que ele classifica como “profissões imperiais”, que são a medicina, a engenharia e a advocacia. Ver: COELHO, Edmundo Campos. *As profissões imperiais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro (1822-1930)*. São Paulo: Record, 1999.

<sup>16</sup> Cf. AUTRAN, Manoel Godofredo (org). *Código penal dos Estados Unidos do Brazil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1900.

quando exercendo determinada profissão ou ofício. Para tal delito, previa-se a reclusão de até dois anos e pagamento de multa.

Grande trunfo para os médicos, que, ao convocados a depor em juízo, podiam alegar portanto, a prerrogativa do “segredo médico”, respaldados no artigo 192, ficando assim, isentos de testemunhar<sup>17</sup>.

Aparentemente a questão estaria resolvida, se desta forma, não ficasse evidente a supremacia do exercício da medicina sobre a aplicação da lei pelo magistrado. Portanto, novo debate se abre, concernente ao exercício de poder no campo intelectual.

Segundo Lilia Schwarcz<sup>18</sup>, quando do nascimento da medicina legal no Brasil, encabeçada pelo doutor Raimundo Nina Rodrigues, da Escola Baiana de Medicina, um grande conflito passou a preocupar os profissionais médicos e advogados, qual seja, o exercício do veredicto. Teria a magistratura competência e poder de atuar nos casos que passassem a margem do sistema penal? Como punir um “louco” que cometeu um assassinato, se o mesmo não tem capacidade mental de responder por seus crimes? Da mesma forma, se cabe ao médico decidir se o réu é culpado ou não de seus atos, se possui condições de responder por eles em juízo, não estaria este profissional, praticamente determinando a sentença judicial<sup>19</sup>?

### 3. Enfim, o Perito

Durante os anos de 1890 e 1910, vários temas e questões estarão preocupando os senhores advogados e médicos, no que se refere a este empasse. Para os médicos, a permanência no tribunal não era vista com bons olhos. O próprio doutor Alvaro da Rocha comenta do desconforto do ato de prestar-se aos serviços da justiça, e ao mesmo tempo, da necessidade de não se manifestar, ou comportar-se contrário ao sistema e ordem estabelecidos. Porém, estes médicos também consideraram-se detentores de um conhecimento científico que poderia *auxiliar a justiça a cometer menos erros e elucidar a verdade de um caso jurídico*, desde que, seus preceitos tão tradicionais e antigos, como o “segredo médico”, fossem mantidos. Nesta citação, parece-nos ficar claro, a disputa interna pelo conceito de ciência que estes campos do conhecimento estão disputando. Fazia-se necessário ao médico, afirmar-se enquanto um cientista, e desta forma, seu conhecimento seria uma caminho de conhecimento do *real*.

<sup>17</sup> Estas informações constam na fonte primária analisada, bem como, no Código Penal de 1890.

<sup>18</sup> SCHWARCZ, *op. cit.*

<sup>19</sup> “Quando contrastado com as faculdades de direito, com a fala do bacharel, o discurso médico ganha mais outra conotação. Trata-se agora de perceber a existência de uma querela – mais ou menos formalizada – acerca de áreas de saber, projetos profissionais, ou mesmo formas diversas de conceber o país. Na ótica médica o objetivo era curar um país enfermo, tendo como base um projeto médico-eugênico, amputando a parte gangrenada do país, para que restasse uma população de possível perfectibilidade. O “homem de direito” seria um assessor que colocaria sob forma da lei o que o perito médico já diagnosticara e com o tempo trataria de sanar.” SCHWARCZ, *op. cit.*

O que se observa no trabalho de Rocha, depois destas primeiras colocações, é uma série de receitas comportamentais, de como proceder em casos onde o médico clínico, ou de família encontre-se numa situação melindrosa – revelar o segredo do consultório, ou responsabilizar-se por algum prejuízo a outrem, ao não fazê-lo. O exemplo mais interessante refere-se ao caso de um jovem que foi fazer um exame médico pré-nupcial e detectou que era portador de sífilis. Sabe-se que esta doença era considerada o mal do início do século<sup>20</sup>. Eis que o pai da noiva vai até o médico questioná-lo se sua filha *pura e inocente* deveria entregar-se a tal homem. O autor, então, esclarece que segundo uma corrente francesa, aconselha-se o médico a impedir a união, poupando assim a vida da jovem nubente, mas ao mesmo tempo não revelando o porquê de sua opinião, mantendo intacto o preceito do segredo médico. Rocha não concorda com esta postura, pois comenta, que tempos depois, com o casamento não consumado, a jovem suicidou-se pelo fato do pai ter proibido o casamento, sem explicar ou dar-lhe qualquer razão. Assim, o jovem doutor aconselharia a manter-se o silêncio quando da pergunta do pai da noiva, esclarecendo-lhe que não poderia manifestar-se, e depois, conversaria com o noivo, alertando-o para o perigo da união e tratando sua doença. Afim, o médico estaria, como aconselha Hipócrates<sup>21</sup>, mantendo-se mudo diante do que ouviu. Deste, surgem outros casos onde o médico está sempre na melindra.

A saída encontrada então para estes casos, é a determinação legal de um exame de sanidade, que o autor sugere, que poderia ser exigido pelo Estado, antes das núpcias. A diferença reside no fato de que, no exame de sanidade, o laudo médico não é assinado por um clínico, ou médico de família, mas por um médico legista, ou em outras palavras, por um médico que está, naquele momento, a serviço dos interesses do Estado.

A mesma preocupação encontra-se, no que se refere a postura médica, em relação aqueles casos que necessitam da presença deste profissional em juízo: desde que, quem compareça não seja o médico de família, mantendo-se assim assegurado o princípio da deontologia, o laudo pode ser assinado, e revelado, pois, é de interesse público e de condição do progresso da nação, eliminar os degenerados, sejam estes sífilíticos, leprosos, loucos ou criminosos.

Desta forma, como Ruth Harris nos aponta, o médico-legista surge como um novo elemento, espécime de híbrido do direito e da medicina, com poderes de intervenção nos tribunais e poderes legais diante da ação enquanto médico. É o médico-legista que tem como obrigação elucidar e demonstrar suas pesquisas ao público. Por

<sup>20</sup> Neste aspecto da sífilis, a obra de Marília Mezzomo Rodrigues pode esclarecer a grande preocupação destes profissionais no início do século: a constituição de uma raça mais pura e perfeita. Evitar a degeneração é contribuir para o desenvolvimento da pátria. Esta, ganharia com cidadãos mais saudáveis e, portanto, mais aptos ao mundo do trabalho. Ver: RODRIGUES, Marília Mezzomo. *A prevenção da decadência*. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 1998.

<sup>21</sup> Todo o código de deontologia médica no século passado, baseia-se no princípio do juramento hipocrático.

isso, muitas vezes, estes serão chamados cinicamente por seus oponentes do direito como “Novos Inquisidores”<sup>22</sup>, já que fazem de todos os meios para conseguir informações que dêem credibilidade e teor científico a seus laudos.

Se a medicina legal estava nascendo como um campo científico, capaz de preencher uma lacuna na ação penal – já que membros do jurídico não tinham conhecimento científico suficiente para operar nos casos de patologia mental, anomalias bio-psíquicas – tal campo da especialização médica serve-se ao mesmo tempo, como uma forma de distinção e afirmação da clínica moderna enquanto instância de confiabilidade por parte dos pacientes. Assim, o médico legista direciona sua ação para os interesses de Estado, enquanto o clínico, se afirmará nos interesses dos indivíduos.

É justamente nesta distinção que poderemos perceber como a medicina legal adquiriu um status de, ao longo das duas primeiras décadas deste século, pensar projetos de intervenção social<sup>23</sup>: a especificidade para que foi criada, lhe dá autonomia de estudar também o coletivo. Assim, sem se preocupar tanto com o doente, mas com a doença, desviando seu olhar do leito do moribundo e voltando-se para a sociedade, o médico legista passa a identificar este – o social – como o corpo em que deve ser aplicado seu conhecimento acadêmico.

Dada esta autoridade conquistada por meio de comprovação científica, o médico legista adquiriu a condição de sugerir determinadas ações que o Estado deveria aplicar, para prevenir uma contaminação de todo o corpo social. Talvez seja por isso que, após explicar o porquê da manutenção dos princípios da deontologia médica e afirmar a necessidade de existência do médico legista, o doutor Alvaro da Rocha, deixa como última parte de seu trabalho as ações que ele classifica como *mui pertinentes a sociedade*, daquilo que foi chamado de Higiene<sup>24</sup>.

Nesta última parte de seu texto, Rocha descreve um estudo feito em Escolas Alemãs, com a aplicação da presença do médico no ambiente escolar, e como algumas medidas de higiene implantadas, geraram um aumento no processo de aprendizagem, bem como na saúde das crianças. E no espaço familiar, o jovem doutor descreve a grande contribuição que a higiene teria a dar aos pais de família, eliminando do lar, muitos dos males que se sobrecam a ele.

Resta, ainda, tentar perceber até que ponto tais discursos enunciados por uma pequena elite intelectual, refletia realmente um poder de atuação no campo do

<sup>22</sup> Cf. ROCHA, Alvaro. *Op. cit.*

<sup>23</sup> Cf. SCHWARCZ, *op. cit.*

<sup>24</sup> A maior parte das análises históricas a respeito do discurso médico o início do século XX, centram-se na questão da higiene e eugenia. Como o objetivo deste artigo é perceber como a medicina legal se estabeleceu enquanto campo intelectual frente as outras ciências da época, não será abordada a questão da normatização das práticas e espaços sociais. Sobre esta questão ver: RODRIGUES, Marília. *Op. cit.*; SCHWARCZ, Lilia. *op. cit.*; TROVÃO, Flávio. *Op. cit.*

social<sup>25</sup>. Ao examinar as teses de medicina-legal das primeiras décadas deste século, as temáticas tão disparees, como por exemplo, a questão da *Higiene nos Submarinos* (?!), defendida pelo doutor Julio Vieira Diogo, no ano de 1918, parecem apontar para uma discussão muito mais interna a determinados grupos acadêmicos, que efetivamente uma ação no social. A definição dos campos de atuação vão se dando, na medida em que estes intelectuais conseguem se autonominar enquanto médicos, peritos ou bacharéis, entre outros campos do saber, e firmar seu conhecimento como um campo de ciência.

Portanto, o que vemos no início do século é uma definição de espaços de atuação intelectual, no mundo da academia nascente, e ao mesmo tempo, desejos de mudança e análises do social que tais grupos se propunham a conduzir<sup>26</sup>. No lar, reina ainda o médico de família, este sim com autoridade para pensar inclusive a distribuição dos membros familiares nos cômodos da casa, quando em caso de doença. É somente no final da década de 10, que a medicina carioca, muito mais voltada para as questões de sanitarismo, passará a intervir no combate às epidemias, encaminhando aos órgãos estatais pedidos de intervenção nas áreas de manifestação epidêmica<sup>27</sup>. Assim, o sanitarismo viverá seu ápice nos anos trinta, com a implementação de todo aparelho estatal voltado para uma ação eugênica-higienista. Talvez, somente após trinta, estes campos estejam definidos: às famílias, o clínico, à cidade o sanitarista, à justiça o legista. Porém, na década de 1910, do médico legista ao sanitarista é ainda uma questão de tempo... e de disputa de espaços.

<sup>25</sup> O caso da Revolta da Vacina no Rio de Janeiro, parece apontar para esta disparidade entre o poder científico e o efetivo poder de "controle" e "intervenção social". Academicamente, a necessidade da vacinação era óbvia e necessária, porém, no cotidiano das pessoas, os campos do poder público e da experiência do privado não estavam claras e nem delimitadas, possibilitando uma desaprovação da população à uma medida do Estado que, com certeza, vinha de acordo com os interesses de grande parte da intelectualidade médica. Ver: SEVCENKO, Nicolau (org). *História da Vida privada no Brasil República; da Belle Époque à era do rádio*. Vol. 3. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

<sup>26</sup> Pretendo aprofundar esta questão na continuidade dos estudos. Parto da idéia de que os discursos médico-legista, como o jurista, representantes significativos da produção acadêmica e intelectual da época, talvez não tivessem ainda, neste período tanto poder de atuação e intervenção política-social. Leituras a respeito da subjetividade do sujeito que enuncia um discurso, apontam para a necessidade de se atribuir àquele que enuncia, um nome, um campo de atuação, enfim, uma fisionomia no meio social. Neste sentido, parto da hipótese de que estes médicos estão muito mais preocupados em definir-se, que necessariamente intervir estrategicamente no social. A forma desta ação concreta dá-se na medida em que estes grupos adquirem um campo de atuação, um respaldo científico e uma produção discursiva. Ação esta, de caráter muito mais acadêmico que de intervenção concreta na sociedade. Ver:

ARENDDT, Hannah, *Homens em tempos sombrios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.;

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: Formação do Estado e civilização*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

<sup>27</sup> Ver MARQUES, Vera Regina B. *A medicalização da raça: médicos, educadores e discurso eugênico*. Campinas: Editora da Unicamp, 1994.

## Referências Bibliográficas

- AUTRAN, Manoel Godofredo (org). *Código penal dos Estados Unidos do Brazil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1900.
- ROCHA, Alvaro Thyroso da. *Segredo Médico*. Tese de doutoramento apresentado a Faculdade de Medicina da Bahia. 1906.
- ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- BARROS, P. M. "Alvorecer de uma nova ciência: a medicina tropicalista baiana". In: *História, Ciência e Saúde*: Manguinhos. Vol. IV (3). Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1997.
- CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas*. 2ª ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.
- COELHO, Edmundo Campos. *As profissões imperiais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro (1822-1930)*. São Paulo: Record, 1999.
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: Formação do Estado e civilização*. 2vol. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.
- FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1995. (3ª ed)
- \_\_\_\_\_. *História da sexualidade*. Vol 1. São Paulo: Forense Universitária, 1994.
- GAY, Peter. *A experiência burguesa da rainha Vitória a Freud*. São Paulo: Cia das Letras, 1995.
- HERSCHMANN, M. e PEREIRA, C. *A invenção do Brasil moderno. Medicina, Educação e Engenharia nos anos 20-30*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- MARQUES, Vera Regina B. *A medicalização da raça: médicos, eudcadores e discurso eugênico*. Campinas: Editora da Unicamp, 1994.
- RODRIGUES, Marília Mezzomo. *A prevenção da decadência*. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 1998.
- SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão social no Brasil. 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- TRINDADE, Etelvina. "Espelho e modelo: a internacionalização do pensamento urbanístico. Curitiba na virada do século". In: *Anais da XIX Reunião*. Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica. Curitiba, 1999.
- TROVÃO, Flávio. *Do saber e do fazer médico: a obstetrícia numa virada de século*. Monografia de conclusão de curso. DEHIS, UFPR, Curitiba, 1996.

## COMENTARIOS CRÍTICOS AL ESTUDIO DEL BANCO MUNDIAL: “HACIA LA SEGURIDAD ECONÓMICA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN”

Oswaldo Martínez

Quiero comenzar por agradecer a los representantes del Banco Mundial su cortesía y buena voluntad al decidir participar en este Encuentro y presentar el reciente estudio “Hacia la seguridad económica en la era de la globalización”.

También agradecer su coraje para enfrentar un auditorio que no comparte los enfoques del Banco y tiene discrepancias profundas con sus políticas.

Reconozco que en las posiciones del Banco puede encontrarse por lo general, más inteligencia y habilidad que en las del Fondo Monetario Internacional; institución ésta que por tercera vez ha eludido presentarse a este Encuentro para debatir sus ideas con el respeto y serenidad que lo hacemos ahora.

No obstante, la lectura del estudio me ha renovado una vieja desilusión: comprobar hasta qué punto el pensamiento económico puede avanzar en sofisticadas técnicas auxiliares estadístico-matemáticas, en gráficos de impecable factura, en la modelación basada en elegantes supuestos, en la conformación de un lenguaje tan equilibrado que deviene equilibrista y todo para fracasar en explicar la realidad o, como en este caso, para ocultarla, para sustituir lo esencial por lo accesorio, para dar por logrado lo que está lejos de alcanzarse y proponer un debate que no es el verdadero debate de esta hora.

Si se trata de la economía de América Latina y el Caribe es obvio suponer que el debate sea acerca del desarrollo por alcanzar, de las vías, obstáculos, alternativas, aceleradores, frenos, políticas para lograrlo, en fin, que discutamos de nuevo en términos de una teoría y política de desarrollo; de ese desarrollo que combine crecimiento económico y equidad social, integración regional y solidaridad humana, educación y salud para todos, participación política y alta cultura.

Es obvio suponer que ese debate proponga una reflexión crítica a los enormes déficits del desarrollo en la región o más bien a su inexistencia básica y lo coloque en el contexto de la globalización en el mundo unipolar de nuestros días. El estreno de un nuevo siglo y un nuevo milenio ofrecen una buena ocasión e incluso obliga a los latinoamericanos y caribeños a discutir sin desmayo el porqué ésta región después de casi 2 siglos de obtenida la independencia de la mayoría de sus países respecto a las metrópolis coloniales, permanece en la categoría de subdesarrollada y pobre, así como las razones por las que se rezaga cada vez más con relación a los países más ricos y pesa menos en la economía mundial que hace 30 años.

Para el Banco Mundial éste no es el debate. El desarrollo ya no tiene secretos. Se alcanza transitando por un camino claro y único por el que avanzan mejor los que primero lo tomaron y los que caminen con más tenacidad: el camino de la reforma neoliberal.

Por tanto, no tiene sentido debatir sobre alternativas de desarrollo, porque no las hay. Entonces discutamos sobre la seguridad y la inseguridad económica. El problema no es alcanzar el desarrollo como síntesis de crecimiento y equidad, sino alcanzar la seguridad, la que un poco después se convierte en reducir la volatilidad, por lo que quedamos atrapados en un ejercicio surrealista de debatir con minuciosidad estadística y refinamiento técnico sobre la reducción de la volatilidad y adoptar variantes de seguros, mientras 224 millones de pobres, 90 millones de indigentes y decenas de millones de analfabetos para los que lo único seguro es la repetición cotidiana de la subsistencia en el límite, por supuesto ni se enteran.

Ni en la más febril utopía puede suponerse que el Banco Mundial reconozca que la reforma neoliberal latinoamericana es un fracaso en términos de crecimiento económico, una tragedia en términos sociales y que la década pasada fue otra década perdida. Ciertamente, es una dura tarea tener que asumir como punto de partida el éxito de esa reforma y a renglón seguido interpretar los resultados de la encuesta que muestran la opinión mayoritaria en cuanto a que los padres de los encuestados vivían mejor que éstos actuales ciudadanos de las reformadas economías latinoamericanas. La paradoja de Leontieff es cosa menor comparada con ésta paradoja provocada por latinoamericanos que habitan en países con economías que tienen una “mejora en el devenir económico” pero que dicen vivir peor de lo que vivieron sus padres allá en tiempos anteriores a las acertadas reformas.

Si Carlos Menem pudo recurrir a la cantinflesca frase: “estamos mal, pero vamos bien”, al Banco Mundial le resulta aún más difícil, pues se ve obligado a decir “estamos mejor, vamos bien, pero nos sentimos inseguros”.

Desde la primera página el estudio del Banco Mundial establece su lectura básica de lo ocurrido en la región: “La mejora en el devenir económico de ésta región se produjo después del constante esfuerzo de reforma realizado por muchos de los países que integran con el fin de intensificar la función de las fuerzas del mercado y aumentar la integración financiera en la economía globalizada”.<sup>1</sup>

Esa risueña presentación de lo ocurrido no puede silenciar que en los años noventa el PIB per cápita real se mantuvo también por debajo de lo que la región alcanzó durante las décadas de 1960 y 1970 y el estudio del Banco Mundial lo reconoce, pero se apresura a restarle importancia al decir: “Pero este descenso del crecimiento en relación con el desempeño anterior a 1982 afectó a todas las regiones del mundo tanto industriales como en desarrollo, con la sola excepción de Asia Meridional”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BANCO MUNDIAL. *Hacia la seguridad económica en la era de la globalización*. pp. 1-2.

<sup>2</sup> BANCO MUNDIAL. *Op. cit.* p. 1.

Curioso modo de relativizar el fracaso, pues se olvida que ninguna otra región del mundo avanzó con tanta disciplina y ortodoxia en la reforma neoliberal como lo hizo América Latina. Era de esperar mucho más que diluirse en una tendencia general al bajo crecimiento.

Lo ocurrido en la década anterior ha sido presentado con otros colores por fuentes no radicales ni de izquierda.

José Antonio Ocampo, Secretario Ejecutivo de la CEPAL expresó que “en América Latina no ha habido bonanza económica porque entre los años cincuenta y setenta creció un 5,5% mientras que en la década de los noventa creció un 3,3%” y que “la gente está reclamando cambios” porque “aquí se vendieron muchas promesas económicas que no se han cumplido”.<sup>3</sup>

Por su parte, “Diálogo Interamericano” en su informe de 1999 es mucho más incisivo que lo presentado ahora por el Banco Mundial.

En efecto nos dice el Diálogo: “En toda la década la región habrá crecido a un promedio inferior al 3% anual. Esto es un avance con respecto al exiguo 1% de los años ochenta, pero es menos de la mitad del 6% promedio de los años sesenta y setenta, y está ciertamente muy por debajo de lo que prometían las reformas y la reestructuración económica”.<sup>4</sup>

Y más adelante expresa verdades aún más duras:

“En un preocupante número de países ..... el ingreso per cápita será menor al de diez años atrás. Esta será la segunda década consecutiva en que la pobreza, en lugar de disminuir, había aumentado en el conjunto de América Latina. En otras palabras, en el año 2000 la región será aún más pobre de lo que era en 1980. A su vez, la distribución del ingreso y de la riqueza sigue empeorando de manera virtualmente generalizada en una región ya plagada de enormes desigualdades”.<sup>5</sup>

Pero no se trata del anémico crecimiento y la enorme pobreza, sino de todo lo otro que queda fuera del escenario descrito por el estudio, esto es, aspectos esenciales de la realidad.

Queda fuera que el insuficiente crecimiento se basó en privatizaciones, endeudamiento e ingreso de capital extranjero y en cada uno de éstos factores se encuentra la huella de la debilidad y la exclusión.

La privatización ha sido una oleada que abarcó desde empresas clásicas privatizables hasta parques, carreteras, correos y cementerios en una carrera desenfrenada en cumplimiento del dogma de la incurable ineficiencia estatal. Pero esa oleada va agotándose porque no va quedando mucho patrimonio público por vender. Viendo la

<sup>3</sup> DIARIO LA REPÚBLICA. Bogotá, 22 de diciembre del 2000.

<sup>4</sup> DIÁLOGO INTERAMERICANO. *Las Américas en el Milenio: tiempos de prueba*. 1999, p. 2.

<sup>5</sup> DIÁLOGO INTERAMERICANO. *Op. cit.* p. 2.

privatización estrictamente como forma de ingreso de capital y abstrayéndonos del flujo de salida que provoca, ese ingreso tiene vida limitada y ya quedaron atrás la mayoría de sus grandes ventas.

El endeudamiento es un escándalo que la fuerza del pensamiento único ha logrado amordazar y obtener el milagro de que apenas se mencione aquello que es básico para entender el escaso crecimiento, la pobreza y la volatilidad. En este Estudio el Banco Mundial no le dedica ni un párrafo y apenas la menciona. Sólo merece alguna referencia a lo conveniente de administrar bien la deuda y evitar una acumulación de pasivos de corto plazo.

El Banco Mundial presenta en este estudio, abstracciones de precisión matemática e imprecisión existencial que llama “hechos estilizados”. Pero no merece estilización alguna una deuda que en 1985 era de unos 300,000 millones de dólares; ahora supera los 800,000 millones, devora el 56% de los ingresos por exportaciones de bienes y servicios y que solo entre 1992 y 1999 provocó pagos por 913,000 millones de dólares. Es evidente que esa deuda es impagable y que el paso a una fase aguda de crisis de la deuda puede ocurrir en cualquier momento, pero quizás nada exprese mejor la incapacidad de los gobiernos de la región para romper el “saqueo dialogado” de que nos habló Pablo González Casanova, que ésta ingloriosa conspiración del silencio respecto a la deuda externa.

El ingreso de capital extranjero es la pieza clave. A él se invoca, de él se da publicidad a las altas cifras. Si descontamos los capitales golondrina y el pago por privatizaciones, las cifras pierden una parte de su encanto. Y lo que queda del encanto parece menos encantador cuando abordamos el déficit de cuenta corriente y encontramos que el capital entra, pero también sale y en perversa combinación con una apertura comercial que importa más de lo que exporta aunque se justifica prometiendo crecientes exportaciones, alcanzó ése déficit unos 190,000 millones de dólares sólo en los últimos 3 años. Y esto ha sido en plena bonanza de la locomotora. ¿Qué pasará si la locomotora aterriza?

Este modelo ha financiado esos déficits en buena medida con capitales volátiles que han hecho volátiles los cortos ciclos de expansión y contracción que le son inherentes y ha reducido la capacidad interna de generar decrecimiento al rebajar el ahorro y la inversión a niveles superiores a los de 1980.

¿Qué mayores causas de inseguridad económica que la provocada por esta amalgama de endeudamiento, privatización, integración subordinada al mercado financiero globalizado?

La reforma neoliberal es socialmente excluyente en la estadística y con mucha más fuerza, es la vida misma, en las encuestas, en el decir de las personas y en simples recorridos por ciudades y territorios de la región. El Informe de Desarrollo Humano del PNUD de 1999 nos repite algo que todos sabemos: América Latina es la región con la peor distribución del ingreso en el mundo (19 veces la distancia entre el 20% más rico y el 20% más pobre). El BID y la CEPAL lo corroboran y Eduardo Lora, Asesor Principal del Departamento de Investigación del BID en su ponencia presentada

a éste Encuentro nos dice que ocho de cada diez latinoamericanos consideran injusta o muy injusta esa distribución.

Pero, el Banco Mundial al tocar éste punto recurre a un procedimiento que se repite cada vez que el tema resulta escabroso para los resultados de la reforma neoliberal o para la lógica de su discurso. Este procedimiento es amontonar afirmaciones y negaciones, sugerencias en un sentido y en el sentido contrario, para concluir que nada se puede concluir o que los resultados son “disparés” y no se puede entonces afirmar.

Un ejemplo de lo anterior es éste párrafo:

“En términos generales, la desigualdad aumentó durante los años noventa, aunque el historial de los países es muy distinto. En Brasil y México la desigualdad aumentó entre 1986 y 1989, antes de estabilizarse o disminuir hasta finales de los años noventa. Chile y Paraguay experimentaron una creciente desigualdad, aunque en Chile el bajo nivel de referencia de 1986 podría dificultar la comparación. La desigualdad ha sido relativamente estable en Argentina, Colombia, Ecuador, Uruguay y Venezuela, ya que algunos índices sugieren un aumento y otros una reducción. Por último en Bolivia, República Dominicana y Honduras hay una disminución de la desigualdad en el tiempo. En general, de los índices agregados sería difícil afirmar que la apertura económica, como en Argentina, Brasil, Colombia y México, significó un empeoramiento permanente de la desigualdad agregada”.<sup>6</sup>

La exclusión social se evidencia también por el 44% de la población en la pobreza, el 18% en la indigencia, el 9% de desempleo abierto – aunque quizás de las mentiras de la estadística la más mentirosa de todas sería ésta – el 13 % de la población analfabeta, una tasa de mortalidad infantil en el primer año de vida que es cinco veces mayor que en los países desarrollados, un sistema educacional en el que solo uno de cada tres alumnos alcanza la escuela secundaria.

Volviendo al discurso del Banco Mundial encontramos que la inseguridad económica expresada en encuestas por las personas, no es resultado de razones tan sólidas como las que se sintetizan en la dura realidad descrita, sino que es el resultado de la mejoría económica.

Hasta ahora, la lógica ya al parecer anticuada, decía que un empleo estable y una remuneración decorosa debían satisfacer las expectativas de seguridad económica.

¿Qué seguridad puede ofrecer un 9% de desempleo abierto, un insondable sector informal que provee 80 de cada 100 nuevos puestos de trabajo con su precariedad y desprotección, un nivel salarial real que se considera por lo general, inferior al de 1980?

<sup>6</sup>BANCO MUNDIAL. *Op. cit.* p. 37.

El estupor que produce leer páginas dedicadas a demostrar realidades tan enigmáticas como que “las crisis profundas son especialmente perjudiciales para los pobres”, o que “los pobres tratan de proteger su bienestar a largo plazo durante las crisis”, o que “los países de ingreso más bajo tienen menos posibilidades de capearlas (las crisis) que los más ricos” adquieren sentido cuando el discurso propone que los pobres no lo son tanto porque son capaces de administrar sus activos en términos de expectativas racionales y que el sector informal es más un “sector empresarial no regulado en el cual se asumen voluntariamente los riesgos empresariales y la falta de protección de los códigos de trabajo”.

Estos pobres que administran sus activos y que incluso sufren menos que los ricos siempre que se trate de recesiones moderadas y que pueden asumir voluntariamente los riesgos empresariales convirtiéndose en prósperos vendedores de chicle, limpiadores de autos que nunca tendrán, tristes tragafuegos de esquina o pequeños vendedores de drogas, me inducen a plantearme la pregunta: ¿Sabrá el Banco Mundial lo que es un pobre? ¿Habrán incurrido los autores en la confusión metodológica de utilizar como objeto de estudio un “pobre estilizado” que resultó ser una vez más el “*homo economicus*” intemporal y ubicuo con el que cierta corriente de pensamiento económico lleva siglo y medio construyendo elegantes y absurdas abstracciones?

Las calles y campos de América Latina pueden proveer abundantes objetos de estudio a los cuales la indigencia les impide administrar racionalmente los activos que no poseen, que sufren aún más en las crisis profundas porque viven en crisis permanente, que deben elegir entre alimentación o salud, o educación siempre en el límite extremo inferior.

Me causa inquietud que en varias ocasiones el Banco Mundial insista en criticar las llamadas “rigideces del mercado laboral”.

La tragedia de desempleo, informalidad, caída de salarios reales, desprotección de los trabajadores ha sido la “flexibilización del mercado de trabajo”, pero los autores creen que todavía hay rigideces “que obliga a ese mercado a ajustarse por medio del desempleo, más que a través de salarios reales y una resignación sectorial de la fuerza laboral”.

En la región durante el ciclo neoliberal la eliminación de rigideces en el mercado laboral ha significado flexibilizar contratos y despidos, debilitar la negociación colectiva para crearle al capital, especialmente al extranjero, condiciones de rentabilidad altamente desfavorables para los trabajadores. ¿Hasta donde deberá llegar la eliminación de rigideces para que el capital se sienta satisfecho?

El seguro de desempleo entendido como preocupación estrictamente individual y sin responsabilidad del estado no es siquiera una cierta compensación del derecho de los empleadores al despido, sino parte de la flexibilización para valorizar el capital.

Como los pobres sufren menos que los ricos en las crisis moderadas, entonces encaja perfectamente el siguiente párrafo que es también una aceptación explícita del modelo de crisis financieras repetidas en ciclos de “stop” and “go”, o en otras palabras, una conversión súbita de la volatilidad viciosa en volatilidad virtuosa:

“Los gobiernos no deberían vacilar en realizar una liberalización y unas reformas que intensifiquen el crecimiento pese a que quizás impliquen una volatilidad algo mayor durante la transición, porque si bien una breve contracción de la actividad económica quizás no perjudique mucho a los pobres, un mayor crecimiento sí los ayuda decididamente. Más aún, las conclusiones a que hemos llegado sugieren que las políticas macroeconómicas no deben procurar evitar a toda costa las contracciones, sino que éstas se prolonguen o se ahonden”.<sup>7</sup>

La volatilidad comenzó siendo el enemigo causante de la inseguridad o como dice el estudio, la medida de la inseguridad, Y en sus páginas finales el estudio nos propone la volatilidad como virtud, pues lo deseable sería no evitar las crisis, sino tan solo tratar de que no sean profundas ni largas. Algo así como una sucesión saludable de minicrisis en el contexto de un modelo que en la medida que avanza en la liberalización y la desregulación tiene menos capacidad para evitar que la crisis se produzca y menos aún para modular su intensidad.

En otro orden de cosas, el estudio tiene también un peculiar modo de echar a un lado lo inconveniente para llegar a sus conclusiones. Delimitar un campo de análisis para examinar un fenómeno o proceso libre de la acción de ciertos factores, es un método válido e inobjetable en si mismo. Pero eliminar lo desagradable o inconveniente para las tesis defendidas y establecer un terreno cercado, desbrozado de todo lo que perturbe la propuesta y donde entrar a debatir es aceptar la mutilación de componentes de señalada importancia, no es ciertamente un procedimiento académico digno de aplauso, aunque incluya una larga relación de obras consultadas.

Ocurre así con la introducción del concepto de seguridad e inseguridad económica como si su sentido fuera obvio y no necesitaría explicación o definición alguna. La noción de seguridad sugiere más el escenario militar, geoestratégico o psicológico, pero el pensamiento económico, que se ha dado a si mismo numerosos objetos de estudio o en otras palabras, se ha planteado numerosas preguntas para encontrarles respuesta, nunca pretendió teorizar sobre la seguridad económica.

Desde la fuente del valor y de la riqueza (de las naciones y/o de las personas), la acumulación y reproducción de capital, la formación y movimiento de los precios, la elección por el consumidor soberano, el equilibrio general, la oferta monetaria, la teoría del desarrollo y otras muchas, el pensamiento económico ha bregado con muchos temas y problemas, pero nunca con la seguridad económica.

Es obvio que la seguridad económica es un resultado del desarrollo alcanzado si se trata de un país y de un trabajo estable que permita un ingreso satisfactorio en condiciones de acceso a la educación, la salud y la convivencia humana, si se trata de personas y que incluye la seguridad en cuanto conservación de la vida.

<sup>7</sup>BANCO MUNDIAL. *Op. cit.* p. 119.

244 **COMENTARIOS CRÍTICOS AL ESTUDIO DEL BANCO MUNDIAL  
“HACIA LA SEGURIDAD ECONÓMICA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN”**

Pero, el Banco Mundial omite explícitamente los problemas relacionados con el delito y la violencia para limitarse a “la inseguridad causada por las fluctuaciones económicas” como si violencia y delito nada tuvieran que ver con la reforma neoliberal.

Es que la apelación a los instintos primarios que la visión fundamentalista de mercado impulsa, los patrones de conformación de sociedades en las que no hay éxito más allá de la acumulación de riqueza y la pobreza aparece como el castigo a la ineptitud, donde a partir del individualismo total los humanos se abren paso en un mercado que semeja una selva, no puede generar otra cosa que violencia y delito.

La tasa de homicidios de 300 por cada millón de personas es el doble del promedio mundial, pero no se explica por fieros atavismos latinoamericanos, sino por la práctica más ortodoxa y disciplinada en el mundo en los últimos 20 años de las reformas de mercado que el Banco Mundial pide continuar y profundizar.

El rigor metodológico estadístico que el estudio analizado contiene debería tener en cuenta y desafortunadamente no lo hace, la correlación evidente en los últimos 20 años entre reforma neoliberal, volatilidad, pobreza, delito, corrupción, degradación ambiental.

La inseguridad ciudadana, la vida entre rejas de los convictos en las prisiones y de los no convictos en las prisiones enrejadas en las que se convierten los hogares, la proliferación de cuerpos privados de policías y guardianes, la apariencia de castillos asediados de los barrios acomodados rodeados por la muchedumbre de la pobreza, no es una realidad desconectada de las reformas de mercado que van moldeando una áspera sociedad de mercado en la que la relación costo-beneficio es la norma absoluta.

El Banco Mundial cree que los problemas existentes son residuales y eliminables aplicando más reformas neoliberales, por ejemplo, fortaleciendo la conexión que dicen es aún débil con los mercados financieros o eliminando las rigideces laborales que todavía dificultan al capital contratar y despedir a discreción.

Es más de lo mismo, aunque les llamen reformas de segunda o tercera generación.

Pedir más reforma neoliberal y con ella reducción de la pobreza y avances en la equidad social, es tan baldío como pedir a un tiburón que se haga vegetariano.

Por suerte, no hay en la Historia crisis sin solución.

El sistema globalizado de explotación y desesperanza, en su naturaleza esencial y en su variante latinoamericana es como otras veces en la Historia, quien más y mejor trabaja para alcanzar su supresión y encontrar la alternativa posible. Esa alternativa posible es justamente, como otras veces anteriores, la que ahora parece imposible para muchos intelectuales porque no está escrita o modelada.

La alternativa se está construyendo y se anuncia en la crisis múltiple del sistema, en la lucha en las calles de Seattle, de Praga, de Davos, en el Foro Social Mundial de Porto Alegre. La estamos construyendo aquí en éstos Encuentros en La Habana, con modestia y sin pretender la propiedad de la solución.

A encontrar esa alternativa, a pesar de que no es la suya, contribuye también el Banco Mundial al permitimos contrastar sus tesis con las nuestras y fortalecernos en el debate.

## POEMA

Sólo los muertos resucitan.  
Dios ha dicho – he aquí que hago nuevas todas  
Las cosas – y ésta es la reconstrucción.

Ernesto Cardenal

## YO SOY

Yo soy Raquel, soy Susana, soy Marta  
Tu compañera de colegio  
Tu vecina  
O aquélla que estudiaba con vos,  
La delegada de la fábrica  
O nada más que alguien que leía a Neruda,  
Una equivocación de los de arriba.

Soy esa que sacaron esa noche  
De la manzana de tu casa  
Iluminada por tantos reflectores  
Y tanto despliegue de uniformes e itakas;  
O la otra aquélla  
Que en las tardes de plaza  
Te escuchaba contar de mamaderas  
Con tu hijo en los brazos  
Y el de ella en la panza,  
Y que un día ya no volviste a ver,  
Tampoco preguntaste.  
Y soy aquélla, innumerable hermana  
Que nadie sabe cómo  
Se fue sin dejar rastro,  
Ni siquiera una carta  
Porque los asesinos rondaban por las noches  
Hiriéndonos la vida  
Y siempre por la espalda.

Después ya nunca supe  
Lo que pasó conmigo ni de qué me acusaban,  
Ya solamente el miedo  
Era mi última casa

## **JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL**

Gustavo Adolfo Jiménez Madrigal\*

### **1. Introducción**

Esta investigación no pretende ser una palabra acabada, sino una palabra fundada que invita a la reflexión y a la crítica. No se persigue más que ello. De ahí el sustantivo de “notas”...

El propósito (e hipótesis) central de la investigación es mostrar como funciona esta dialéctica perversa de los derechos en John Locke, primer pensador que introduce en su versión moderna esta forma de razonamiento. El interés en este autor viene dado por el hecho de que prácticamente la generalidad de los autores y autoras que en alguna oportunidad han abordado su estudio, han pasado por alto el análisis y crítica de lo que, en mi criterio, es uno de los aspectos más importantes para comprender globalmente no sólo la obra de Locke, sino toda una corriente de pensamiento que llega hasta nuestros días. La principal característica de esta corriente de pensamiento es la dialéctica maldita que contiene, de acuerdo con la cual el amor al prójimo, la libertad, el progreso, la justicia, los derechos humanos..., etc., se llegan a convertir en el imperativo categórico de la destrucción del prójimo, la libertad, la justicia y los derechos humanos. Se genera así toda una espiral de violencia y destrucción que, no obstante, es experimentada por aquéllos que la realizan como la afirmación de aquello que dicen representar y defender; atribuyéndole en el mismo movimiento a los “Otros/as”, a quienes se convierte en “monstruos” negándoles toda subjetividad, la pretensión de violar la libertad, la justicia, los derechos humanos... El pecador siempre será el hereje, no el inquisidor que experimenta el acto de tortura y la muerte consecuente como la expresión más prístina de amor al prójimo y afirmación de la “fe verdadera”.

En nombre de la Ley Natural y los Derechos Naturales Locke llegará a legitimar el despotismo, el poder absoluto y la esclavitud sobre aquéllos/as que, de acuerdo con su imaginario, pretenden violar la Ley Natural e imponer el despotismo, el poder absoluto y la esclavitud. En nombre de los derechos naturales, Locke reivindicará ningún derecho natural para los enemigos de los derechos naturales.

\* [gajm@mixmail.com.br](mailto:gajm@mixmail.com.br), Costa Rica.

## 252 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

Somos conscientes de que la perspectiva adoptada es minoritaria, por ello no esperamos que sea compartida. Lo que buscamos es, precisamente, introducir nuevos elementos para el debate, arrojar alguna luz sobre zonas tradicionalmente descuidadas por el quehacer intelectual. El objetivo es sin duda ambicioso pero legítimo.

El trabajo se divide en tres capítulos. Los dos primeros capítulos se dedican a exponer las categorías de análisis que se emplearán posteriormente para analizar el “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil”, principal obra de Locke en el ámbito de la filosofía política. El capítulo tercero lleva por título: “Locke y la dialéctica perversa de los Derechos Humanos en el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil”, y se avoca a analizar, con base en el instrumental teórico previamente establecido, la obra anteriormente citada. Allí se trata de poner de manifiesto la lógica sacrificial en la que se inscribe el razonamiento de Locke, quien parte inicialmente de la afirmación de los derechos naturales, para desembocar posteriormente en la violación de los derechos naturales de los “Otros/as”, dándole una nueva legitimación a la esclavitud en abierto contraste con la tradición aristotélica-tomista sobre el tema.

Por último, quiero dejar constancia de mi agradecimiento a la Dra. María José Fariñas Dulce, Profesora Titular de Sociología Jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid, por sus agudos comentarios y críticas al primer borrador de este trabajo; a la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), sin cuyo respaldo económico e institucional no habría podido llevar a cabo los estudios de doctorado que conforman el marco dentro del cual este trabajo fue concebido y llevado a cabo; y al Maestro Franz Hinkelammert, cuyas enseñanzas han representado desde el inicio de mi carrera académica el sendero a seguir en éstos tiempos de “transiciones paradigmáticas”. Sin embargo, y como se acostumbra decir en estos casos, quiero también dejar claro que tanto de los errores como de los aciertos que pueda tener a juicio del lector (a) el presente trabajo, soy el único responsable.

### **2. Marco Conceptual del Mecanismo de Inversión Ideológica de los Derechos<sup>1</sup>**

Para abordar el estudio crítico del pensamiento político de John Locke se hace indispensable la exposición de un marco histórico-conceptual que permita contextualizar su obra y, al mismo tiempo, aprehender otros aspectos que han sido

<sup>1</sup> El presente trabajo representa un esfuerzo por desarrollar in extenso los argumentos e ideas previamente expuestos por el Maestro Franz Hinkelammert en su obra: “Democracia y Totalitarismo”, Capítulo III, “Democracia, Estructura Económico-Social y Formación de un sentido común legitimador”, pp. 133-165, referentes a la inversión ideológica de los derechos humanos en la concepción de John Locke. Recientemente el Maestro Hinkelammert tuvo la gentileza de falicitarme otro artículo suyo publicado en la Revista PASOS número 85, correspondiente al bimestre setiembre-octubre de 1999, que lleva por título: “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”, cuya riqueza teórica y conceptual sirve también como punto de referencia ineludible para el desarrollo más modesto que pretendemos llevar a cabo en estas páginas.

marginados, hasta donde conocemos, por la mayoría de los autores/as<sup>2</sup>. La anterior afirmación, pese a ser una verdad de perogrullo, no por ello deja de tener importancia, ya que en estos casos suele suceder que lo 'evidente', precisamente por el hecho de serlo y como tantas veces acontece en estas situaciones, se pasa por alto.

El objetivo de la primera parte de este trabajo va orientado precisamente a la presentación de ese marco teórico. No nos resulta inadvertido el hecho de que las categorías de análisis empleadas corresponden a un estadio posterior en el desarrollo del pensamiento, y a un contexto socioeconómico y político muy distinto de aquél en el que pensó Locke. Sin embargo, y guardando la debida distancia entre el pensamiento lockiano y el marco teórico que se emplea para su análisis con el propósito de no llegar a caer en anacronismos, consideramos que la perspectiva adoptada es la más útil para arrojar luz sobre otros aspectos de la obra de este autor que han sido pasados por alto por la generalidad de los autores y autoras, como ya apuntamos.

## 2.1. La afirmación de los derechos humanos en la génesis del pensamiento democrático

De acuerdo con Hinkelammert las democracias actuales, cuyos antecedentes se remontan hasta el siglo XVII, se caracterizan porque todas tienen como punto de partida la afirmación de los derechos humanos entendidos a partir de distintas conceptualizaciones de los humanismos universales y, al mismo tiempo, se declaran a sí mismas como las únicas sociedades capaces de realizarlos:

“De esta manera, en cuanto al fenómeno de las democracias actuales, podemos –en una primera visión- enfocarlo como sistemas políticos que en sus teorizaciones y en sus declaraciones se guían [real ó imaginariamente cabría añadir] por un universalismo de los derechos humanos, lo que siempre implica que se legitiman por el interés de todos y que generan, pretendida o realmente, sus poderes políticos

<sup>2</sup> Cuando estudiamos la realidad -en sentido amplio- que nos rodea, lo hacemos a través de un determinado marco categorial que nos permite observar el objeto de estudio bajo cierta luz, enfatizando ciertos aspectos de dicho objeto al mismo tiempo que se invisibilizan otros. En otras palabras, por medio del marco categorial observamos unas cosas, y lo que queda fuera de este marco de análisis “no existe”. Como acertadamente señala Hinkelammert desde una perspectiva que puede ser denominada como constructivista: “La realidad social no es una realidad a secas, sino una realidad percibida bajo un determinado punto de vista. Podemos percibir solamente aquella realidad que nos aparece mediante las categorías teóricas usadas. Recién dentro de este marco los fenómenos llegan a tener sentido; y solamente podemos percibir los fenómenos a los cuales podemos dar cierto sentido. (...) el marco categorial teórico que usamos para interpretar la realidad nos permite ver ciertos fenómenos y no otros; asimismo, concebir ciertas metas de la acción humana y no otras”. HINKELAMMERT, Franz. *Las Armas Ideológicas de la Muerte*. 2ª edición revisada y ampliada. San José: Departamento Ecueménico de Investigaciones (DEI), 1981, p. 1. Sobre el constructivismo, véase: WATZLAWICK, Paul (Comp.). *La Realidad Inventada. ¿Cómo sabemos lo que creemos saber?*. Traducción de Nélica M. De Machain, Ingeborg S. De Luque y Alfredo Báez. 3ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994; y WATZLAWICK, Paul y KRIEG, Peter (Comps.). *El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo. Homenaje a Heinz von Foerster*. Traducción de Cristóbal Piechocki. 1ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.

254 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

a partir de la voluntad de todos, siendo considerados todos como sujetos que generan el propio poder político, y por lo tanto, todos los poderes”<sup>3</sup>.

En ningún caso la discusión, análisis y desarrollo de una concepción procedimentalista de la democracia -en tanto que procedimiento electoral- está presente como tema central en las primeras formulaciones teóricas sobre la democracia a partir del siglo XVII. Otra de las características centrales de dichas teorías es que ninguna de ellas declara la decisión mayoritaria, aún en el supuesto de que pueda llegar a ser hipotéticamente unánime, como legítima de por sí. Por esta razón todas esas teorías se dedican a elaborar distintos criterios que permitan discernir ‘a priori’ hasta qué punto las decisiones de las mayorías son “democráticas”, y hasta qué punto no lo son. Se trata de una concepción “substancialista” de la democracia, de acuerdo con la cual la legitimidad ó ilegitimidad democrática de una decisión se define a priori no con arreglo al procedimiento seguido, sino de conformidad con el “contenido” del acto<sup>4</sup>.

Las actuales teorías de la democracia<sup>5</sup>, a diferencia de las teorías que les precedieron, ponen el énfasis en la concepción procedimentalista de la democracia, mediante la cual la disputa por el poder se resuelve favorablemente hacia aquél que dentro de una “libre competencia” haya alcanzado el mayor número de votos. De ahí que la discusión se centre en los mecanismos electorales; pero al igual que las concepciones “substancialistas” que les precedieron terminan por desembocar en la elaboración de los distintos criterios que permitan juzgar en qué grado las decisiones mayoritarias son legítimas ó descartables ó, en otras palabras, criterios para discernir en qué medida esas decisiones son “democráticas” y en qué medida no lo son<sup>6</sup>. La preocupación central de las diferentes teorías se concreta, en última instancia, en la determinación de los límites a esas decisiones<sup>7</sup>. Se trata, en el fondo,

<sup>3</sup> “Democracia y Totalitarismo”. Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), 2da. edición, San José, Costa Rica, 1990, p. 133. En igual sentido señala David Held que “(...) La idea de que es el consentimiento de los individuos lo que legitima el sistema de gobierno y, en términos más generales, el sistema de estado, era central para los liberales de los siglos XVII y XVIII así como para los demócratas liberales del XIX. Los primeros veían el contrato social como el mecanismo original de consentimiento individual, mientras que los últimos se centraban en la urna electoral como el mecanismo por el cual los ciudadanos confieren periódicamente autoridad al gobierno para promulgar leyes y regular la vida económica y social. [...]”. HELD, David. *Modelos de democracia* (Models of Democracy). Traducción de Teresa Alberó. 1ª edición. Madrid: Alianza Editorial, 1991, pp. 96-97. Vid. también pp. 58 a 102.

<sup>4</sup> Sobre las diferentes conceptualizaciones de la democracia (substancialista y procedimentalista), véase *Diccionario de Política*. Dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci. Redactor Gianfranco Pasquino. Redactores de la edición en español José Aricó y Jorge Tula. Traducción de Raúl Crisafio, Alfonso García, Mariano Martín y Jorge Tula. edición en español (primera de España). 2ª edición. Madrid: Editorial Siglo XXI, 1982. Voz: *Democracia*, pp. 493-507; y HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo. Op.Cit.*, p. 134.

<sup>5</sup> Especialmente a partir de SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. 6ª edición. London: Unwin Paperbacks, 1987, 437 p. Existe traducción al castellano por J. Díaz García con el título: *Capitalismo, socialismo y democracia*. México: Editorial Aguilar, 1961.

<sup>6</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Op.Cit.*, p. 134.

<sup>7</sup> *Ibid.*

del problema de la “governabilidad”<sup>8</sup>, concepto que, bajo su elegancia lingüística y aparente novedad, alude a que las decisiones mayoritarias encuentran sus límites en las estructuras de poder (político, económico, jurídico, etc.) vigentes. El problema se concreta en la mejor forma de preservar dichas estructuras de poder frente a las decisiones mayoritarias. Como acertadamente señala Hinkelammert, la “vinculación de esta pregunta por la autoridad con la estabilización de relaciones de producción determinadas no es siempre evidente, por lo menos a nivel teórico. [Sin embargo] A nivel político, en la aplicación de la teoría a procesos políticos concretos, es siempre evidente. [...]”<sup>9</sup>. Por lo general el análisis sobre dicha problemática en sus diversas manifestaciones (filosófica, económica, jurídica, sociológica, política, etc.) no suele reparar sobre esa vinculación, tornándola invisible al dejarla fuera de su marco categorial. No obstante, en el plano histórico/político la relación entre legitimidad de las decisiones mayoritarias y preservación de determinadas estructuras político-económicas resulta siempre evidente. La historia nos demuestra una y otra vez<sup>10</sup> que en aquéllas etapas históricas en que el conflicto por las relaciones sociales de producción ha llegado a su punto crítico, no ha sido la voluntad mayoritaria el parámetro de legitimidad, sino las relaciones sociales de producción como criterio último de legitimidad de todo el sistema social. Norbert Lechner analiza este proceso desde la perspectiva del consenso y su relación con la legitimidad de la siguiente manera:

“Una primera objeción a la legitimidad formal concierne a la posible legitimación de una autoridad plebiscitaria y/o de procedimientos antidemocráticos por la mayoría: el caso de Hitler y otros. ¿Es legítima toda decisión tomada según los procedimientos acordados por todos (la mayoría) como válidos?// La insuficiencia de los criterios formales remite al eventual empleo de criterios materiales, que hagan depender la legitimidad de una decisión de su contenido. Existe, en efecto, una legitimidad escalonada. En situaciones de crisis, cuando un grupo social siente

<sup>8</sup>Para un análisis de las diferentes conceptualizaciones del término “governabilidad” y su relación con el tema aquí tratado, véase: “Diccionario de Política” (Suplemento); dirigido por Norberto Bobbio, Niccola Mateucci y Gianfranco Pasquino. Redactor de la edición en español Martí Soler. Traducción de Miguel Martí y Martí Soler. 1era. edición en español, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1988, voz “governabilidad”, pp. 192 a 199. Véase también: ARBOS, Xavier y GINER, Salvador. *La Governabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*. 1ª edición. España: Editorial Siglo XXI, 1993, pp. 6 a 20. (Capítulo II: “Definición de gobernabilidad”); y ALCANTARA SAEZ, Manuel. *Governabilidad, crisis y cambio. Elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, especialmente la primera parte: “Una aproximación teórica al fenómeno de la gobernabilidad de los sistemas políticos”, pp. 27 a 57.

<sup>9</sup>HINKELAMMERT, Franz. Op.Cit., p. 134, nota de pie de página número 1.

<sup>10</sup>Piénsese por ejemplo en el caso de Chile, en que el gobierno de la Unión Popular (UP) dirigido por Salvador Allende, elegido democráticamente mediante sufragio universal, sufrió un cruento golpe de Estado en nombre de la “democracia”, para instaurar una Dictadura de Seguridad Nacional que se declaraba a sí misma como una democracia en “estado de excepción”. Más reciente es el caso de Nicaragua, donde las primeras elecciones democráticas que se llevaron a cabo en 1984 fueron - a priori - descalificadas por el gobierno de los EE.UU. presidido por Reagan bajo la creencia de que el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) iba a ganar las elecciones. HINKELAMMERT, Franz. *Ibidem*.

## 256 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

amenazados sus ‘intereses vitales’ por las decisiones gubernamentales, se recurre a criterios materiales (la libertad, la propiedad privada) para deslegitimar la legalidad: el derrocamiento de Allende y otros”.<sup>11</sup>

### 3. La Afirmación de los Derechos Humanos y su Violación

Esta es una de las que podría considerarse como paradojas<sup>12</sup> más importantes de cualquier planteamiento sobre los derechos humanos, ya que encierra en sí misma una contradicción fundamental que, resulta curioso observar, ha sido hasta donde sabemos muy poco estudiada por los (las) teóricos de esta disciplina. La paradoja radica en que de la afirmación de los derechos humanos se deriva primero, por un mecanismo de inversión normativa, y luego, por un mecanismo de inversión ideológica, la violación legítima de esos mismos derechos humanos<sup>13</sup>. Las próximas líneas se dedicarán al análisis de estos mecanismos.

#### 3.1. La violación de los derechos humanos por medio de su inversión

Uno de los temas recurrentes dentro de la Teoría del Derecho es el de los límites a/de los derechos, una vez que éstos son positivizados dentro de un Ordenamiento Jurídico concreto<sup>14</sup>. La problemática se establece entre la vigencia de los derechos y las circunstancias que, de acuerdo con el propio Ordenamiento, autorizan su restricción, suspensión ó, en última instancia su anulación<sup>15</sup>. Estas cuestiones surgen a partir de situaciones-límite, generalmente en relación a aquéllos a quienes se les atribuye –real ó imaginariamente- querer violar esos derechos. En virtud de la dialéctica

<sup>11</sup> LECHNER, Norbert. “El consenso como estrategia y como utopía”. *Revista Zona Abierta*. Madrid, número 29, julio-diciembre de 1983, p. 8. El énfasis no corresponde al original.

<sup>12</sup> Para una definición de “paradoja” y su relación con los Derechos Fundamentales, véase: DE ASIS ROIG (Rafael). “Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al Poder”, Editorial Debate, Madrid, 1era. Edición, 1992, pp. 47 a 69.

<sup>13</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo*. Op.Cit., p. 135. Para un interesante análisis desde la teología de la liberación del mecanismo de inversión normativa según la tradición pauliana, véase del mismo autor: “Las armas ideológicas de la muerte”, Departamento Ecueménico de Investigaciones (DEI), San José, Costa Rica, 1981, pp. 171 y ss.

<sup>14</sup> Cfr. AGUIAR DE LUQUE, Luis. “Los límites de los Derechos Fundamentales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, número 14, 1993, pp. 9-34; DE ASIS ROIG, (Rafael). Sobre los Límites de los Derechos. Derechos y Libertades, número 3, 1994, pp. 111-130; y PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Debate, 1990, particularmente los capítulos II.4 (“Sobre el concepto jurídico de Derechos Fundamentales”); 4. “La irresistible supremacía de los derechos fundamentales”); VI (“Los Derechos Fundamentales y el Poder Legislativo”) y VII (“La limitación de los Derechos Fundamentales y la norma de clausura del Sistema de Libertades”).

<sup>15</sup> El peligro representado por la posibilidad de restringir la vigencia de estos derechos se expresa en muchos casos por medio del empleo de los “conceptos indeterminados” (seguridad, orden, etc.), presentes en muchas –por no decir la generalidad- de las Constituciones Políticas e incluso en los mismos Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. Sobre el tema, véase la sugerente obra de HABA, Enrique P. *Tratado Básico de Derechos Humanos. Con especial referencia al Derecho Constitucional Latinoamericano y al Derecho Internacional. Examen realista-crítico*. Tomo I: Conceptos Fundamentales. San José: Editorial Juricentro, 1986.

en la que se inscriben los mecanismos de inversión (tanto normativa como ideológica), las normas son transformadas en su contrario. Por esa razón las distintas declaraciones de derechos humanos no solamente contienen un catálogo de derechos, sino una regulación muy general y ambigua de las situaciones de emergencia a partir de las cuales se puede proceder a la suspensión de esos mismos derechos. En palabras de Hinkelammert:

“Toda teoría de la democracia al partir de la declaración de los derechos universales desemboca, así, en la postulación de la suspensión de esos mismos derechos. La norma legal puede decir: la vida humana es inviolable, ó, 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 aplicable legítimamente la pena capital, [...] De la norma: no matarás, ahora sigue: mata a aquel que mató. [...]”<sup>16</sup>.

En otras palabras, de la norma según la cual: “La vida humana es inviolable” se puede llegar al caso extremo (v.gr. en aquéllos ordenamientos jurídicos que castigan con la pena de muerte ciertas conductas ilícitas) del “Mata al que mató”. En términos jurídicos se trata de la relación “supuesto de hecho-efecto jurídico”, mediante la cual la vigencia de la norma es afirmada por medio de su violación legítima por parte de aquéllos que detentan el poder de aplicarla, proceso que resulta intrínseco a la lógica de cualquier norma. Este proceso de inversión normativa también es inherente a los derechos humanos, desde el momento en que se transforman en normas legales: “Por la inevitabilidad de esta inversión, no es posible garantizar los derechos humanos sino en el contexto de un poder político que, como Estado, los garantice precisamente por medio de su inversión. De esta manera, los garantiza por medio de su violación legítima ejercida contra los violadores”<sup>17</sup>.

### 3.2. La violación de los derechos humanos por medio de su inversión

Una de las características centrales de toda declaración de derechos humanos es su universalidad, entendida como derechos que todo ser humano tiene por el sólo hecho de serlo. En las teorías de la democracia aparece, precisamente, la discusión de la inversión de los derechos humanos, mediante la cual esos derechos son suspendidos frente a aquéllos que los violan; sin embargo no se considera dicha suspensión en relación a un conjunto de derechos humanos aislados, sino en relación a los derechos humanos en tanto que conjunto organizado y jerarquizado. La inversión ideológica se plantea, por lo tanto,

<sup>16</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo*. 2ª edición. San José: Departamento Ecueménico de Investigaciones (DEI), 1990, pp. 134-135.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 135. Para un interesante análisis desde la teología de la liberación del mecanismo de inversión normativa según la tradición pauliana véase, del mismo autor: *Las Armas Ideológicas de la Muerte*. 2ª edición revisada y ampliada. San José: Departamento Ecueménico de Investigaciones (DEI), 1981. pp. 171 y ss.

258 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

“...entre el conjunto de los derechos humanos y quienes amenazan a los derechos humanos como una totalidad de derechos. [Por esa razón] no se analiza al criminal como el violador de las normas, vistas aisladamente, sino al enemigo que amenaza la existencia misma del respeto al conjunto de los derechos humanos. El violador de normas aisladas es un criminal, mientras que aquel que amenaza la vigencia del conjunto de los derechos humanos es un enemigo de la humanidad”<sup>18</sup>.

Dado el carácter histórico de los derechos humanos, su listado es siempre y necesariamente incompleto. Se encuentra abierto a las necesidades y problemas que el devenir histórico va planteando<sup>19</sup>. Aparte del carácter de *numerus apertus* de cualquier catálogo de derechos humanos, otro problema es el de su compatibilidad. No todos los derechos pueden ser cumplidos simultáneamente en un momento y lugar determinados. Mientras más se insiste en el cumplimiento de un derecho, más aumenta la posibilidad de restringir ó de hecho se restringe el cumplimiento de otro u otros derechos humanos. En este sentido aparecen conflictos entre los derechos humanos, ya que el cumplimiento de un determinado derecho (v.gr. la propiedad privada ó la libertad) pueda entrar y de hecho entra en competencia con el cumplimiento de otro derecho (v.gr. el derecho al trabajo ó a la igualdad)<sup>20</sup>. Por el carácter necesariamente incompleto de cualquier catálogo de derechos humanos, y por las relaciones de tensión y conflicto que se producen entre ellos, todos y cada uno de los derechos humanos nunca pueden ser cumplidos a cabalidad. Más bien describen un “*horizonte utópico*” de la convivencia humana respecto del cual sólo son posibles aproximaciones.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 136. El énfasis no corresponde al original.

<sup>19</sup> En igual sentido, señala Bobbio: “(...) los derechos del hombre constituyen una clase variable, como la historia de estos últimos siglos muestra suficientemente. El elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etc. Derechos que habían sido declarados absolutos a finales del siglo XVIII, como la propiedad sacrée et inviolable, han sido sometidos a radicales limitaciones en las declaraciones contemporáneas; derechos que las declaraciones del XVIII no mencionaban siquiera, como los derechos sociales, son ahora proclamados con gran ostentación en todas las declaraciones recientes. [...] Lo que prueba que no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza. Aquello que parece fundamental en una época histórica y en una civilización determinada, no es fundamental en otra época y en otra cultura”. Véase BOBBIO, Norberto. capítulo III: “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”. en *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís Roig. 1ª edición. Madrid: Editorial Sistema, 1991, pp. 56-57.

<sup>20</sup> El profesor Rafael de Asís Roig se refiere a los conflictos, actuales o potenciales, entre las diferentes categorías de derechos humanos, desde la perspectiva de las paradojas: “Otros autores han utilizado las paradojas refiriéndose de manera principal a las contradicciones existentes entre distintos derechos. Así, se ha afirmado que el ejercicio de un derecho puede ser totalmente incompatible con el de otro, o que existen derechos contradictorios con los valores que supuestamente los fundamentan, o, también, los problemas que en el futuro pueden aparecer respecto a la realización de ciertos derechos”. DE ASÍS ROIG, Rafael. *Op.Cit.*, p. 60.

<sup>21</sup> LECHNER, Norbert. “El consenso como estrategia y como utopía”. *Revista Zona Abierta*. Madrid, número 29, julio-diciembre de 1983, pp. 12 a 28; y HINKELAMMERT, Franz. *Crítica a la Razón Utópica*. 1ª edición. San José: Departamento Ecueménico de Investigaciones (DEI), 1984, pp. 19-30.

Para evitar, y en su caso resolver los problemas que plantean los posibles conflictos ó antinomias entre los diferentes derechos humanos reconocidos (derecho vigente a priori) y los que en su momento se reconocerán (nuevo derecho a posteriori)<sup>22</sup>, es necesario encontrar un “*principio de jerarquización*”<sup>23</sup> que vendrá a representar el criterio último de verdad y validez con base en el cual se resolverán los eventuales conflictos entre los distintos derechos (vigentes y futuros). El resultado es –en palabras de Hinkelammert– “...un derecho o un grupo de derechos, compatibles a priori como el derecho fundamental, a partir del cual todos los conflictos entre los diferentes derechos son solucionados. *Un determinado derecho humano, por tanto, llega a mediatizar todos los otros y es transformado en el principio de jerarquización de todos los demás. (...)*”.<sup>24</sup>

Las teorías de la democracia no sólo tienen en común la creación de un principio de jerarquización que actúa como criterio para resolver los conflictos entre los derechos humanos, sino que todas ellas colocan ese principio de jerarquización en las “formas de regulación del acceso de parte de los seres humanos a la producción y distribución de los bienes materiales”.<sup>25</sup> Es lo que se engloba bajo el concepto de relaciones sociales de producción. Aquí es donde radica la diferencia entre las diferentes teorías de la democracia, según ubiquen el principio de jerarquización en relaciones de producción diferentes e incluso opuestas entre sí.

No hay que olvidar que los bienes materiales constituyen una condición de factibilidad de cualquier acción humana y, en este sentido, de cualquier cumplimiento de los derechos humanos también. Los derechos humanos se expresan históricamente a través de y en base a conductas humanas, y para realizar cualquier acción ó conducta los bienes materiales y la consecuente satisfacción de las necesidades humanas constituyen una condición ineludible en tanto que representan un “*principio de factibilidad general de la acción humana*”<sup>26</sup> necesario (ya que no puede ser de otro modo), pero nunca suficiente<sup>27</sup>. Como las acciones humanas sólo se pueden llevar a

<sup>22</sup> Sobre el tema de la dialéctica entre el derecho vigente y la lucha por los nuevos derechos de los sin-derechos desde la perspectiva de la Ética de la Liberación véase: *Derechos Humanos y Ética de la Liberación. (Pretensión Política de Justicia y la Lucha por el Reconocimiento de los Nuevos Derechos)*. Ponencia presentada en el VII Seminario del Programa de Diálogo Norte-Sur, El Salvador. *s.f.* Le agradezco al Profesor Dussel por haberme proporcionado gentilmente una copia de dicho trabajo.

<sup>23</sup> Cfr. HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo. Op.Cit.*, p. 137.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo. Op.Cit.*, p. 137.

<sup>26</sup> En ese sentido apunta Hinkelammert que “...para vivir hay que poder vivir, y para ello hay que aplicar un criterio de satisfacción de las necesidades a la elección de los fines. Y siendo el sujeto un ser natural, esta satisfacción de necesidades tiene una raíz insustituible basada en la propia naturaleza humana. Sea cual sea el proyecto de vida, éste no puede ser realizado si no asegura los alimentos para vivir, vestido, casa, etc. [...] La satisfacción de las necesidades, hace posible la vida; la satisfacción de las preferencias, la hace agradable. Pero, para poder ser agradable, antes tiene que ser posible. Cada cual puede hacer su proyecto de vida según su gusto, solamente en cuanto sus gustos y la realización de éstos se basen en la satisfacción de las necesidades”. HINKELAMMERT, Franz. *Crítica a la Razón Utópica*. 1ª edición. San José: Departamento Ecueménico de Investigaciones (DEI), 1984, pp. 240-241. Véase también DUSSEL, Enrique. *Ética de la Liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión*. 1ª edición. Madrid: Editorial Trotta, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, párrafos 184 a 193, pp. 258-268.

<sup>27</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo. Op.Cit.*, p. 138.

260 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

cabo dentro del marco histórico/social de la riqueza social producida, aquéllas necesariamente repercuten en la distribución de los ingresos y, por extensión, sobre la forma en que en un determinado momento y lugar se distribuyen los bienes materiales entre los distintos sujetos, lo que no quiere decir en modo alguno que todos los ingresos se refieran a bienes materiales (pensar que si se refieren únicamente a los bienes materiales implicaría caer en un reduccionismo economicista, lo que dista mucho de la exposición que se intenta hacer en estas líneas). Siguiendo la línea del razonamiento podemos concluir que las teorías de la democracia colocan como principio de jerarquización de los derechos humanos a las relaciones sociales de producción. Sin embargo no hay que perder de vista que los derechos humanos también son “modos de vida”<sup>28</sup>, y que no se concretan únicamente en juicios de valor que puedan ser aislados de las condiciones concretas, corpóreas, reales, históricas, que posibilitan la producción y reproducción de la vida humana. Esto es lo que explica por qué en las democracias capitalistas se ha colocado a la propiedad privada (al principio del mercado en términos generales) como principio de jerarquización de los derechos humanos; mientras que en los países del socialismo histórico se colocó a la satisfacción de las necesidades (por medio del “plan económico”).

Estas teorías se preocupan por la legitimación del principio de jerarquización y de las correspondientes relaciones sociales de producción. Ninguna de ellas –como bien expone Hinkelammert– “...declaran jamás ningún derecho de las mayorías de por sí, derivado del hecho formal de ser mayorías. Derivan más bien este derecho fundamental, que sirve como principio de jerarquización de todos los derechos humanos, y lo transforman en la voluntad objetiva irrenunciable de todos los seres humanos. (...)”.<sup>29</sup> Por el hecho de ser “irrenunciable” ninguna mayoría, en ningún momento y lugar, tiene la legitimidad de colocarse por encima de este “derecho fundamental”, sea las relaciones sociales de producción. Todas esas teorías terminan por afirmar un

<sup>28</sup> Antonio-Enrique Pérez Luño, desde otro punto de vista, se refiere a la necesidad de que los derechos humanos no basen su protección únicamente en la acción de los poderes públicos, la que estima insuficiente, sino que se lleguen a convertir en formas de vida colectivamente aceptadas. Dice Pérez Luño: “[...] “los derechos humanos -advertía Mead- nunca corren mayor peligro que cuando su única garantía son las instituciones políticas y aquellos que desempeñan cargos en dichas instituciones”. A los poderes públicos les compete una importante función en la defensa de las libertades, pero para que su afirmación y tutela no sea ilusoria o precaria, se precisa que el programa emancipatorio de los derechos humanos se traduzca en vigencias (sic) colectivas mayoritariamente compartidas. La experiencia nacional e internacional muestran que sólo donde existe una aceptación social generalizada de los derechos humanos, éstos se cumplen bajo la presión de una “opinión pública” humanitaria. Entonces, y sólo entonces, se puede hablar en plenitud del término de unos derechos humanos vigentes. Sólo cuando los derechos humanos se hallan inscritos en la consciencia cívica de los hombres y de los pueblos actúan como instancias para la conducta a las que se puede recurrir. [...]”. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “El horizonte actual de los Derechos Humanos: Educación y globalización”. en: *Revista Travesías. Política, cultura y sociedad en Iberoamérica*. Universidad Internacional de Andalucía, año 1, n° 1, julio-diciembre de 1996, p. 11. (La negrilla no corresponde al original).

<sup>29</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo*, Op.Cit., p. 139.

criterio objetivo que tiene la función de limitar a priori la legitimidad de la decisión mayoritaria. Este criterio objetivo se encuentra casi siempre implícito, y sólo se torna evidente bajo aquéllas circunstancias en que su legitimidad resulta cuestionada. Mientras tanto, las “mayorías pueden decirlo todo, excepto lo fundamental, que es la vigencia del principio de jerarquización. Las teorías de la democracia elaboran por lo tanto una mayoría objetiva que vale en principio, en contra de la cual ninguna mayoría de hecho, puede ser legítima”.<sup>30</sup> Se produce así una polarización entre aquéllos que apoyan la vigencia del principio de jerarquización, y aquéllos que -real ó imaginariamente- lo adversan y al mismo tiempo pretenden modificar ó substituir por otras las relaciones sociales de producción. En términos ideológicos la polarización se produce entre la voluntad general objetiva y los opositores a la vigencia de esa voluntad. “Esta polarización –concluye Hinkelammert- subyace a los conflictos políticos y a toda competencia por el poder. [y conduce...] al enjuiciamiento a priori de los posibles competidores por el poder político y los encauza en el marco de la legitimidad del sistema. Por medio de esta polarización básica entre interés general y sus opositores, el sistema social elige conforme a un principio a priori a sus electores”.<sup>31</sup> Por esa razón las teorías de la democracia también se dedican a justificar la suspensión de los derechos democráticos y de los derechos humanos en general de aquéllos y aquéllas que orientan su acción política por un principio de jerarquización diverso de aquel que impera en esa sociedad en un momento dado. En última instancia se llega a la elaboración de criterios para discernir quiénes son sujetos “verdaderamente democráticos” y quiénes no lo son<sup>32</sup>. Esta polarización entre interés general objetivo y los/as que se oponen al principio de jerarquización vigente, se transforma en una polarización ideológica entre “amigo” y “enemigo”, entre aquéllos que representan la voluntad general, y aquéllos que se oponen a ella. Bajo la polarización ideológica que determina al opositor como enemigo absoluto, subyace la polarización social y política, la que no siempre resulta evidente<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>33</sup> Uno de los autores que ha visto con mayor claridad este proceso fue Carl Schmitt, quien critica la ideologización de la relación “amigo-enemigo” por referencia a valores éticos universales. Schmitt denuncia la ideologización de la guerra, y propone su sustitución por la relación entre “amigos y enemigos reales”: “La humanidad como tal no puede hacer una guerra, pues carece de enemigo, al menos sobre este planeta. El concepto de humanidad excluye el del enemigo, pues ni siquiera el enemigo deja de ser hombres, de modo que no hay aquí ninguna distinción específica.// El que se hagan guerras en nombre de la humanidad no refuta esta verdad elemental, sino que posee meramente un sentido político particularmente intenso. Cuando un Estado combate a su enemigo político en nombre de la humanidad, no se trata de una guerra de la humanidad sino de una guerra en la que un determinado Estado pretende apropiarse un concepto universal frente a su adversario, con el fin de identificarse con él (a costa del adversario), del mismo modo que se puede hacer un mal uso de la paz, el progreso, la civilización con el fin de reivindicarlos para uno mismo negándoselos al enemigo. “La humanidad” resulta ser un instrumento de lo más útil para las expansiones imperialistas, y en su forma ético-humanitaria constituye un vehículo específico del imperialismo económico.// [...] Aducir el nombre de la “humanidad”, apelar a la humanidad, confiscar ese término, habida cuenta de que tan exceso nombre no puede ser pronunciado sin determinadas consecuencias, sólo puede poner de manifiesto la aterradora pretensión de negar al enemigo la calidad de hombres, declararlo hors-la-loi y hors

262 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

Las teorías de la democracia, al situar el principio de jerarquización en las relaciones sociales de producción, afirman que determinadas relaciones sociales de producción -y no otras- constituyen la única garantía válida para el cumplimiento y vigencia de los derechos humanos.<sup>34</sup> Se opera de esta forma una identificación metafísica entre sociedad democrática, determinadas relaciones de producción y vigencia de los derechos humanos:

SOCIEDAD DEMOCRATICA≡RELACIONES DE PRODUCCION≡DERECHOS HUMANOS

Luego, quien critica las relaciones sociales de producción es un enemigo de la democracia, los derechos humanos y de la humanidad en general, y su acto de oposición un crimen de lesa humanidad<sup>35</sup>. Ahora, cualquier acto de oposición -real ó imaginario- se convierte, en virtud de la lógica que anima al mecanismo de inversión ideológica, en un crimen ideológico y, como tal, en un 'crimen objetivo', ya que existe independientemente de las intenciones de su autor, contra sus intenciones ó incluso sin que tenga intención alguna. El opositor, por el sólo hecho de serlo, es un criminal, ya que al ser "portadoras" las estructuras de los valores de la democracia y los derechos humanos, fuera de aquéllas no puede haber democracia ni derechos humanos. Aquí es donde se llega a producir la inversión ideológica de los derechos humanos. El viejo lema de la Revolución Francesa pronunciado por Saint Just durante el Régimen del Terror del Comité de Sanidad Pública de acuerdo con el cual no hay "Ninguna libertad para los

l'humanité, y llevar así la guerra a la más extrema inhumanidad". Continúa Schmitt: "...Pufendorff (De Jure Naturae et Gentium VIII, c. VI, parte 5), cita aprobatoriamente la afirmación de Bacon de que determinados pueblos "están proscritos por la propia naturaleza", por ejemplo los indios de América, porque comen carne humana. Y en efecto, los indios norteamericanos fueron aniquilados. A medida que progresa la civilización y se incrementa la moralidad, llegan a ser suficientes cosas bastante más inofensivas que el canibalismo para merecer una proscripción de esa clase; en algún momento puede que baste el que un pueblo no esté en condiciones de pagar sus deudas". SCHMITT (Carl). "El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios" (Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien). Traducción de Rafael Agapito, 1era. Edición, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pp. 83 y 84, y nota de pie de página número 19, p. 84. La extensión de la cita se justifica por sí sola. Schmitt llega a proponer, en última instancia, la renuncia a cualquier valor universal y, por ende, al universalismo ético de los derechos humanos. Schmitt desemboca en el nihilismo total, ya que derechos humanos que no existen, derechos humanos que no se violan. Véase HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo*, Op.cit., p. 147. Sin embargo, conviene subrayar que, pese a la claridad de la crítica de Schmitt, éste llega a caer en la ideologización de la guerra que precisamente critica. Ahora, los enemigos 'absolutos' son todos aquéllos que se empeñan en seguir haciendo la guerra en nombre de la humanidad, la paz, etc. Víd. HINKELAMMERT, Franz. *Sacrificios Humanos y Sociedad Occidental: lucifer y la bestia*. 2ª edición. San José: Editorial Departamento Ecueménico de Investigaciones (DEI), 1993, p. 193.

<sup>34</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo*, Op.cit., p. 141.

<sup>35</sup> Un ejemplo de esta polarización lo encontramos en la agresiva geopolítica que llevó a cabo el gobierno de los EE.UU. bajo la presidencia de Ronald Reagan y George Bush durante la década de los '80 y parte de la década de los '90, en que esa polarización se planteó ideológicamente entre la "Ciudad que Brilla en las Colinas" y el "Reino del Mal", con claras connotaciones teológicas.

enemigos de la libertad”<sup>36</sup>, no dice otra cosa que: “Ningún respeto de los derechos humanos para aquéllos que sean enemigos de los derechos humanos”<sup>37</sup>. Precisamente uno de los primeros pensadores que inaugura esta nefasta dialéctica sacrificial fue John Locke<sup>38</sup>. Al análisis del Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil con base en las categorías de análisis anteriormente desarrolladas se dedicarán las próximas páginas.

#### 4. Locke<sup>39</sup> y la Diáléctica Perversa de los Derechos Humanos en el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil

Como ya se dijo, uno de los primeros pensadores que inaugura en su versión moderna esta nefasta lógica sacrificial fue John Locke. Esta lógica, según la cual el amor al prójimo se llega a convertir en el imperativo categórico de su destrucción, subyace a toda una corriente de pensamiento en el mundo occidental<sup>40</sup>. En la actualidad son pocos los autores y autoras que se preocupan sobre este tema (entre tantos otros Franz Hinkelammert y Enrique Dussel,

<sup>36</sup> “Il faut placer partout le glaive à côté de l’abus, en sorte que tout soit libre dans la République, excepté ceux qui conjurent contre elle et qui gouvernent mal”, llegará a decir Saint Just, miembro de la “Liga Santa contra los enemigos de la Libertad”. Encyclopédie Universalis. Tomo XVI, Rodin-Sous-Marins. Éditeur à Paris, 1988. Voz: Saint-Just (Louis). En igual sentido Popper llegará a reivindicar la intolerancia frente a los enemigos de la tolerancia: “Deberemos reclamar entonces, en nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes”. POPPER, Karl. *La Sociedad Abierta y sus Enemigos* (The Open Society and its Enemies). Traducción de Eduardo Loedel. 3ª reimpresión. España: Ediciones Paidós, 1989, nota de pie de página número 4 del Capítulo 7, p. 512.

<sup>37</sup> A nivel literario, este mecanismo de inversión ideológica fue magistralmente descrito por Orwell en su conocida obra “1984”, encontrando su máxima expresión en el credo de la “neolengua”: “LA GUERRA ES LA PAZ, LA LIBERTAD LA ESCLAVITUD, LA IGNORANCIA LA FUERZA”. Para un análisis de la obra de Orwell antecitada y la actualidad de sus planteamientos, véase: CHOMSKY, Noam (et.al.). “La visión de Orwell (1984) y nuestro mundo”. en: “El Anarquismo y los problemas contemporáneos”. Traducción de Ismael Viadiu. 1ª edición. Móstoles: Ediciones Madre Tierra, 1992. Publicado originalmente en: *Tierra y Libertad*, México, Junio de 1986.

<sup>38</sup> “Locke pone la propiedad encima del mundo entero. De esta manera y considerando la propiedad privada como ley natural, ley de Dios y del género humano, transforma imaginariamente toda resistencia en contra de tales relaciones de producción en un acto de agresión en contra del género humano y de Dios mismo. Crea una imaginación tal, que cualquier acto de conquista, de expansión o colonización se transforma en un acto de legítima defensa del género humano, representado por el propietario privado. Toda agresión burguesa aparece ahora como acto de defensa legítima frente a agresores, que ni tienen la más mínima intención de agredir a nadie. La conquista de todo el mundo se transforma en un acto de defensa propia, en guerra justa”. HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo*, Op. cit., p. 143.

<sup>39</sup> Para el estudio de la vida de este autor, una de las biografías más completas que conozco es la elaborada por CRANSTON, Maurice. *John Locke, a biography*. Gran Bretaña: Edit. Longmans, Green and Co., London, New York y Toronto, 1era. edición, 1957.

<sup>40</sup> En realidad, esta tradición de pensamiento sacrificial es mucho más antigua que el propio pensamiento de Locke y toda la tradición liberal. De hecho, se encuentra en los propios orígenes de la cultura occidental. En este sentido Locke está inmerso en toda una corriente de pensamiento que lo trasciende y llega hasta nuestros días, no siendo su pensamiento más que una expresión de esta visión del mundo. Vid. HINKELAMMERT, Franz. *Sacrificios Humanos y Sociedad Occidental: lucifer y la bestia*. 2ª edición. San José: Editorial Departamento Ecueménico de Investigaciones (DEI), 1993.

264 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS  
PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

por citar sólo dos de los autores más significativos dentro de la Filosofía de la Liberación), y los que en su momento teorizaron sobre la destrucción del ser humano y del medio natural que posibilita su producción y reproducción y la lógica autodestructiva que acompaña a todo este proceso (v.gr. Karl Marx) han sido declarados por el discurso oficial como “no personas” a partir de la proclamación del “[Brave] New World Order” en el marco de la guerra de agresión contra el Pueblo de Irak. De ahí que no resulte para nada extraño dentro de este contexto que uno de los últimos libros de Jacques Derrida lleve por título: “Espectros de Marx: el Estado de la deuda, el trabajo y la nueva internacional”<sup>41</sup>.

Como todo gran autor, el pensamiento de Locke ha sido objeto de múltiples y variadas interpretaciones<sup>42</sup> desde diferentes campos del conocimiento (filosófico, histórico, económico, jurídico, etc.). Al igual que Jano, ha sido visto desde una perspectiva “feliz” como el precursor de la tradición liberal<sup>43</sup>, lo cual es cierto; sin embargo poco se ha reparado sobre el rostro perverso de sus teorías. Dada la complejidad

<sup>41</sup> DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx: el Estado de la deuda, el trabajo y la nueva internacional*. Traducción de José Miguel Alarcón y Cristina de Peretti. 3ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 1998. (La versión original fue publicada en francés bajo el título: *Spectres de Marx*. Editions Galilé, 1993. Hay traducción al inglés: *Specters of Marx. The State of the Debt, the Work of Mourning, & the New International*. Trad. de Peggy Kamuf; con introducción de Bernd Magnus y Stephen Cullenberg. New York y Londres Editorial Routledge, 1994).

<sup>42</sup> En este sentido, véase: WOOD, Neal. *John Locke and Agrarian Capitalism*. Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1984, pp. 15 y 16. (Capítulo 2: “Locke’s Interest in Husbandry”). Wood analiza como Locke ha sido visto por algunos autores como un “filósofo burgués e ideólogo del incipiente capitalismo” (“as bourgeois philosopher and ideologist of early capitalism”). Interpretación que se debe a C. B. Macpherson y Leo Strauss; mientras que otros autores han rebatido la tesis de Locke como ideólogo burgués, entre ellos Peter Laslett, John Dunn, Keith Tribe y James Tully. WOOD, Neal. *Op. cit.*, p. 15. En esta investigación nosotros compartimos la primera tesis, que ve en Locke a uno de los ideólogos del incipiente capitalismo inglés. En igual sentido se pronuncia Guido Fassò: “...después de 1660 (si bien hasta 1668-1669 Inglaterra no logró una definitiva estabilidad política) al temor por las guerras civiles y la aspiración al orden pagado a cualquier precio, sucede poco a poco el deseo no de una paz cualquiera, sino acompañada de libertad; experiencia no sólo ética, sino también económica, ya que responde a los intereses de la nueva clase comercial y marítima que por aquel entonces comienza a superar en importancia dentro de la vida inglesa a la vieja aristocracia agraria; las obras de Locke escritas sobre 1680, como los Dos tratados sobre el gobierno, expresan ya ante todo esta exigencia de la libertad en política y economía (...)”. FASSÒ (Guido). “Historia de la Filosofía del Derecho”. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Tomo 2: La Edad Moderna (Storia della Filosofia del Diritto. Volume 2: L’età moderna); 3era. edición, Editorial Pirámide S.A., Madrid, 1966, p. 134.

<sup>43</sup> “Locke (1632-1704), considerado como el padre del individualismo liberal, ha ejercido una profunda influencia, no sólo sobre aquellos que se proclaman sus discípulos, sino también -por reacción- sobre todos los que apelan a la tradición; así, para Joseph de Maistre, el desprecio por Locke es el comienzo de la sabiduría.// Apenas se comprende esta influencia si se lee el segundo Tratado sobre el gobierno civil (1690), que pasa por ser la obra en la que Locke condensó lo esencial de su pensamiento político. La obra de Locke no debe su éxito ni a la fuerte personalidad de su autor ni a la audacia de sus tesis. Es el prototipo de obra que aparece en el momento más oportuno y que refleja la opinión de la clase ascendente. Locke, teórico de la Revolución inglesa, expresa el ideal de la burguesía”. TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas* (Histoire des idées politiques). Traducción de J. Padrera. 2ª reimpresión de la 5ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1988, p. 294. Véase en igual sentido: SOLAR CAYON, José Ignacio. “Los derechos naturales en la filosofía política de Locke”; en: AAVV. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio y FERNANDEZ GARCIA, Eusebio (Directores). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I: “Tránsito a la Modernidad siglos XVI y XVII”. 1ª Edición. Madrid: Editorial Dykinson S.L., 1998, pp. 601-635.

del tema en estudio, lo que se busca es demostrar la manera en que esa lógica sacrificial funciona en Locke por medio de la inversión ideológica de los derechos naturales a partir de la Ley Natural, que es al mismo tiempo Ley de Dios y del género humano, y que representa el principio de jerarquización de toda su construcción. El objetivo es sin duda ambicioso, pero legítimo. Como ya dijimos, no pretendemos elaborar una palabra acabada, sino invitar al debate. Si lo logramos, el propósito último de este trabajo se verá satisfecho.

#### 4.1. Del estado de naturaleza

Locke inicia el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil con el estudio de la función que cumple el poder político (Capítulo I) por un lado y, por otro, la condición en la que todos los hombres se encontraban en el “estado de naturaleza” (Capítulo II).

Conviene efectuar aquí una primera aclaración. Cuando se habla de “naturaleza humana”, para luego extraer por deducción de ella una serie de derechos considerados “naturales”, en realidad se procede de manera inversa. Los diferentes autores que se ubican en el iusnaturalismo racionalista crean, a partir de unos determinados derechos, una naturaleza humana que resulte congruente con aquéllos, para luego extraer esos mismos derechos de una naturaleza humana hecha a la medida. En otras palabras, los autores que se ubican dentro del iusnaturalismo racionalista crearon a imagen y semejanza de unos derechos previamente determinados la naturaleza humana, y no viceversa<sup>44</sup>. Como explica Eusebio Fernández, citando a Hans Welzel: “toda apelación a lo “conforme a la naturaleza” y toda negación de lo “contrario a la naturaleza” va precedida de una decisión axiológica primaria no susceptible de prueba... Ya en los comienzos de la teoría iusnaturalista aparece con toda claridad la profunda problemática del Derecho natural: la estructura proteica de la naturaleza humana toma en manos de cada pensador iusnaturalista la forma que él tácitamente, en su concepto de ‘naturaleza’ del hombre, antes de extraerlo de nuevo para justificar su noción de lo justo por “naturaleza”<sup>45</sup>.

Entonces, ¿cuál es esa naturaleza humana previa que Locke tomó como parámetro de los derechos naturales? De acuerdo con Bobbio:

“...Locke había escrutado a fondo la naturaleza humana; pero la naturaleza humana que él había observado era la del burgués o del mercader del siglo XVIII, y allí no había leído, porque no podía leerlo desde aquel punto de vista, las exigencias y las demandas de quien tenía otra naturaleza o, más precisamente, no tenía naturaleza

<sup>44</sup> FERNANDEZ GARCIA, Eusebio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. 1ª reimpresión. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 40.

<sup>45</sup> WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*. Madrid: Editorial Aguilar, 1971, pp. 254 y 11; citado por: FERNANDEZ GARCIA, Eusebio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. 1ª reimpresión. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 40, y la bibliografía citada en la nota de pie de página número 72. Vid. también p. 97.

266 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

humana alguna (ya que la naturaleza humana se identificaba con la de los pertenecientes a una determinada clase).”<sup>46</sup>

Locke sostiene que todos los hombres se hallan en el estado de naturaleza en una posición de “perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre<sup>47</sup>. Es también un estado de igualdad, en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos,

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís Roig. 1ª edición. Madrid: Editorial Sistema, 1991, p. 71. El análisis de Macpherson es muy clarificador sobre la manera en que Locke llegó a justificar una diferencia de racionalidad y derechos naturales entre la clase propietaria -plenamente racional- y las clases no propietarias -incapaces de vivir una vida “racional”- MACPHERSON, C. B. *La Teoría Política del Individualismo posesivo. De Hobbes a Locke* (The Political Theory of Possessive Individualism). Traducción de Juan R. Capella. 2ª edición. Editorial Fontanella, 1989, pp. 191 a 204. En igual sentido, y siguiendo a Macpherson, sostiene Poole que la: “...racionalidad es una condición necesaria para la plena posesión de derechos naturales; una conducta adecuada es necesaria para la racionalidad; de ahí que, aquéllos que son incapaces de apropiación no son racionales y por lo tanto no poseen los mismos derechos naturales que aquéllos que tienen capacidad de apropiación. Un corolario de esta conclusión es que la plena membresía en la sociedad política está limitada a los propietarios; los no-propietarios son los objetos de la política estatal, no miembros de la comunidad política”. POOLE, Ross. “Locke and the Bourgeois State”, *Revista Political Studies*. Oxford, Volume XXVIII, nº 2, Clarendon Press, June 1980.

<sup>47</sup> La “condición asocial” de los individuos es una de las notas características del estado de naturaleza, donde cada individuo adquiere por medio de su trabajo un derecho de propiedad -en sentido restringido-exclusivo y excluyente del derecho de los demás. Se trata de un individuo naturalmente egoísta, como explica acertadamente Poole: “...la concepción de la naturaleza humana, que constituye la esencia de cada individuo en virtud de la cual él posee o adquiere derechos, es algo esencialmente asocial. [...] La esencia natural del hombre no es construída socialmente sino dada por la divinidad, creada por Dios antes de la inserción del individuo dentro del orden social”. Traducción libre. POOLE, Ross. “Locke and the Bourgeois State”, *Revista Political Studies*. Oxford, Volume XXVIII, nº 2, Clarendon Press, June 1980, p. 225. Macpherson sostiene una tesis similar, subrayando el carácter egoísta y excluyente de la teoría de Locke: “...El individualismo de Locke no consiste por completo en que mantuviera que los individuos son libres e iguales por naturaleza y que sólo pueden quedar sometidos justamente a la autoridad de otros por su propio consentimiento. Detenerse en esto es dejar de entender su significación principal. Consiste fundamentalmente en convertir al individuo en el propietario natural de su propia persona y de sus capacidades sin que deba nada por ellas a la sociedad.// Semejante individualismo es necesariamente un colectivismo (en el sentido de afirmar la supremacía de la sociedad civil sobre cualquier individuo). Pues afirma una individualidad que sólo puede realizarse plenamente acumulando propiedades, y que, por tanto, sólo puede ser realizada por unos pocos, y únicamente a costa de la individualidad de los demás”. MACPHERSON, C. B. *La Teoría Política del Individualismo posesivo. De Hobbes a Locke* (The Political Theory of Possessive Individualism). Traducción de Juan R. Capella. 2ª edición. Editorial Fontanella, 1989, p. 218. En este sentido Locke construye al individuo como un individuo aislado, egoísta, posesivo y racional. Se trata de un “solipsismo posesivo” que debe ser declarado a espaldas de las evidencias empíricas. Locke “...afirma en sustancia que la sociedad existe para proteger la propiedad y otros derechos privados no creados por aquélla. Como resultado de este aserto, la psicología surgida en el siglo XVIII de la teoría del espíritu de Locke da una explicación fundamentalmente egoísta de la conducta humana. (...) Que todos los individuos están dotados por su creador de derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, dejando fuera de toda referencia sus asociaciones sociales y políticas, es una proposición de la que ciertamente no es posible dar ninguna referencia empírica. No parece haber ningún modo de demostrarla; como dijo Thomas Jefferson, tiene que sostenerse como evidente por sí misma, como un axioma del que pueden deducirse teoremas sociales y morales, pero que en sí es más evidente que cualquier otro principio ético...”. SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política* (A History of Political Theory). Traducción al español de Vicente Herrero. 17ª reimpresión. Madrid: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 390 y 391.

y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás. Nada hay más evidente [...]”<sup>48-49</sup> Igualdad y libertad son las notas fundamentales del estado de naturaleza en Locke, pero como se verá más adelante esta igualdad y libertad iniciales sufrirán modificaciones tanto con la aparición del dinero como en el estado de guerra.

En el estado de naturaleza no existe ninguna autoridad política superior<sup>50</sup>, lo que no quiere decir que no existan límites a la conducta de los individuos que coexisten en ese estado, límites que están representados, en última instancia, por la “ley natural”:

“... El estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones. [...]”<sup>51</sup>.

Sin embargo, es imprescindible distinguir en Locke dos etapas ó fases del estado de naturaleza: La primera en que todos son iguales y gozan de los mismos derechos de apropiarse por medio de su trabajo<sup>52</sup> de la tierra que Dios diera a los hombres en común<sup>53</sup> para “...mayor beneficio de la vida, y mayores ventajas...[y] para soporte y comodidades de su existencia”<sup>54</sup>; y la segunda etapa del estado de naturaleza en que se

<sup>48</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. 1ª reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 1994, cap. 2, secc. 4, p. 36.

<sup>49</sup> Como sostiene Giner, “Locke estaba consciente de las objeciones históricas que podían hacerse contra su idea del estado de naturaleza y del contrato subsiguiente. Por ello afirma que su teoría no se basa en documentos históricos, pues los más remotos son muy posteriores al establecimiento de los gobiernos, sino que se atiene a hechos simples tales como la existencia general de la razón y a condiciones innatas tales como la libertad del hombre. Mas esto no importa; si históricamente su concepción no se mantiene, ideológicamente es eficaz. Lo que Locke quiere demostrar es una igualdad y libertad original en todos los hombres...”. GINER, Salvador. *Historia del Pensamiento Social*. 7ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1990, p. 311.

<sup>50</sup> De acuerdo con Sabine, “...Locke sostenía que el estado de naturaleza es uno de “paz, buena voluntad, asistencia mutua y conservación”. Defiende esta posición en que la ley natural proporciona un sistema completo de derechos y deberes humanos. El defecto del estado de naturaleza consiste simplemente en que no tiene una organización, tal como magistrados, derecho escrito y penas fijas, que ponga en práctica las normas de justicia. [...] En el estado de naturaleza todo hombre tiene que proteger lo suyo lo mejor que pueda, pero su derecho a lo suyo y su deber de respetar lo ajeno son tan completos como pueden llegar a serlo cuando existe un gobierno. [...]”. SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política (A History of Political Theory)*. Traducción al español de Vicente Herrero. 17ª reimpresión. Madrid: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 388.

<sup>51</sup> LOCKE, John. *Op. cit.*, secc. 6, p. 38.

<sup>52</sup> *Ibidem*, secciones 26, 33, 35, 40, 43 y 44; a páginas 56, 60-61, 61-62, 67, 69-70 y 70 respectivamente.

<sup>53</sup> “Dios, que ha dado en común el mundo a los hombres, también les ha dado la razón, a fin de que hagan uso de ella para conseguir mayor beneficio de la vida, y mayores ventajas. La tierra y todo lo que hay en ella le fue dada al hombre para soporte y comodidad de su existencia. [...]”. *Ibid.*, secc. 26, p. 56.

<sup>54</sup> LOCKE, John. *Op. cit.*, secc. 26, p. 56.

268 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

introduce el dinero<sup>55-56</sup>. Se trata del tránsito de una economía primitiva (definida en palabras de la antropología contemporánea como “cazadora-recolectora”) a una economía mucho más compleja donde prevalecen las relaciones sociales de producción capitalistas.<sup>57</sup>

En la primera etapa del estado de naturaleza, antes de la introducción del dinero, todos los hombres tenían un derecho igual de apropiarse por medio de su trabajo del mundo que les rodeaba, con algunas limitaciones: 1º).- Que dejara “suficiente y de igual calidad”<sup>58</sup> para los demás. Esta limitación inicial responde al derecho que tiene todo individuo a su preservación, y de ahí su derecho de apropiarse de lo necesario para la satisfacción de sus necesidades básicas para la subsistencia.<sup>59</sup> 2º).- Una segunda limitación viene dada por el carácter perecedero ó imperecedero de la cosa apropiada: “...Todo lo que uno pueda usar para ventaja de su vida antes de que se eche a perder, será lo que le esté permitido apropiarse mediante su trabajo. Mas todo aquello que excede lo utilizable (sic), será de otros. Dios no creó ninguna cosa para que el hombre la dejara echarse a perder o para destruirla”.<sup>60</sup> Aquí no se prohíbe que se comercie con el excedente

<sup>55</sup> Macpherson analiza como Locke parte de la limitación inicial a la apropiación individual del producto de la tierra originalmente entregado “a la humanidad en común”, para llegar finalmente a la propiedad ilimitada en el estado de naturaleza luego de la introducción del dinero por consentimiento mutuo entre los hombres. Vid. LOCKE, John. *Op. cit.*, secciones 36 y 47. “La introducción del dinero por consentimiento tácito ha eliminado las anteriores limitaciones naturales de la apropiación justa, y al hacerlo ha invalidado la disposición natural según la cual todo el mundo podía poseer tanto cuanto fuera capaz de utilizar. Locke procede a continuación a mostrar con más detalle cómo la introducción del dinero elimina las limitaciones inherentes a su justificación inicial de la apropiación individual”. MACPHERSON, C. B. *Op. cit.*, p. 177. Vid. también pp. 176 a 191. En igual sentido, véase: POOLE, Ross. “Locke and the Bourgeois State”, *Revista Political Studies*. Oxford, Volume XXVIII, nº 2, Clarendon Press, June 1980, p. 226 a 228; y HAMPSHER-MONK, Iain. *Historia del pensamiento político moderno. Los principales pensadores políticos de Hobbes a Marx* (A History of Modern Political Thought). Traducción de Ferrán Meler. 1ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 118.

<sup>56</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Tomo II: “Del Renacimiento a Kant”. 3era. edición revisada y aumentada. Madrid: Alianza Editorial, 1988, p. 254.

<sup>57</sup> “...La discusión que mantiene Locke acerca de la vida económica ha tenido en cuenta, hasta aquí, una economía muy simple, [...]. En contra de las afirmaciones de Filmer en el sentido de que esto era imposible, Locke ha mostrado que por lo menos un nivel primitivo de propiedad privada como el descrito era defendible de acuerdo con la ley de naturaleza. Pero esto se encontraba lejos de los tipos o del sinnúmero de propiedades que existían en la economía relativamente compleja del siglo XVII. No obstante, la meta que Locke se había marcado era precisamente la de justificar propiedades como éstas, y ello contra las pretensiones del rey. Para justificarlas, intentó mostrar cómo podía haberse desarrollado aquel sistema sofisticado de derechos de propiedad privada sancionada por las leyes de naturaleza. Es decir, Locke emprendió un tipo de historia económica especulativa que demostraría el desarrollo legítimo de la economía moderna, con su desigualdad y “grandes propiedades”, a partir de los derechos de propiedad aborígenes igualitarios del estado de naturaleza”. HAMPSHER-MONK, Iain. *Op. cit.*, p. 115. La negrilla es mía. En igual sentido sostiene Cortés Rodas que “[...] su teoría de la propiedad es no sólo una justificación del derecho a la propiedad sino, también, del derecho natural a posesiones desiguales y del derecho natural a una apropiación individual ilimitada”. CORTÉS RODAS, Francisco. “La filosofía política del liberalismo. Hobbes, Locke y Rawls”. *Estudios Políticos*, Medellín, número 10, enero-junio, 1997, p. 76.

<sup>58</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. 1ª reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 1994, secciones 27 y 33, pp. 57, y 60 a 61 respectivamente.

<sup>59</sup> “...la ley de naturaleza es un conjunto de deberes que los hombres tienen con Dios, y que les exige que busquen su preservación”. HAMPSHER-MONK, Iain. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>60</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. 1ª reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 1994, sección 31, p. 59.

de lo apropiado por medio del trabajo, lo que sí se prohíbe es que perezca inútilmente, sin provecho alguno. Una tercera limitación, en opinión de Macpherson, viene dada por la cantidad que un hombre puede apropiarse por medio de su trabajo. En otras palabras, el trabajo empleado es el límite natural de la apropiación.<sup>61</sup>

Todas estas limitaciones desaparecen con la introducción en el estado de naturaleza del dinero, producto de la convención entre los hombres: “Así fue como se introdujo el uso del dinero: una cosa que los hombres podían conservar sin que se pudriera, y que, por mutuo consentimiento, podían cambiar por productos verdaderamente útiles para la vida, pero de naturaleza corruptible.”<sup>62</sup> Ahora, los hombres pueden apropiarse legítimamente de mayores extensiones de tierra<sup>63</sup> sin que ello implique una transgresión de la ley natural como podría pensarse, sino su plena realización:

“La invención del dinero ofrece la posibilidad de permitir a las personas ‘ampliar’ sus posesiones sin transgredir la ley natural que limita el deterioro de lo que se posee, porque el dinero no se malogra al acumularse como sí lo hacen el grano y los frutos. Pero el dinero, al permitir un incremento de la riqueza y, mediante ello, la acumulación de la tierra poseída, aumentaría la proporción en la que la tierra era parcelada y la probabilidad de su agotamiento. La acumulación de riqueza en dinero a través de fondos de capital y salarios, el incremento en el tamaño de las posesiones y la generación de jornaleros sin tierra en busca de trabajo, se ven recíprocamente reforzadas. La economía monetaria estimula también la producción a través de la posibilidad de comerciar con la plusvalía de uno, sin la cual toda la producción se mantendría en los límites de la subsistencia”.<sup>64</sup>

La aparición del dinero no sólo permite una apropiación ilimitada<sup>65</sup>, sino que introduce una mayor racionalidad dada la “naturaleza original” del hombre<sup>66</sup> que lo compele en ese sentido<sup>67</sup> Ahora, los hombres plenamente racionales serán aquéllos

<sup>61</sup> MACPHERSON, C. B. *Op. cit.*, p. 175.

<sup>62</sup> LOCKE, John. *Op. cit.*, secc. 47, p. 72.

<sup>63</sup> “Y así como los diferentes grados de laboriosidad permitían que los hombres adquiriesen posesiones en proporciones diferentes, así también la invención del dinero les dio la oportunidad de seguir conservando dichas posesiones y de aumentarlas. [...] Allí donde no hay nada que sea duradero y escaso, con valor suficiente para que merezca ser acumulado, no podrán los hombres incrementar sus posesiones de tierra, por muy rica que ésta sea, y a pesar de que puedan tomarla libremente. [...]”. LOCKE, John. *Op. cit.*, secc. 48, p. 73. Y continúa Locke: “Esta fue, en un principio, la situación en América, mucho más de lo que lo es ahora; pues en ninguna parte se conocía allí cosa parecida al dinero. Mas tan pronto como un hombre descubre que hay algo que tiene el uso y el valor del dinero en sus relaciones con sus vecinos, veremos que ese hombre empieza a aumentar sus posesiones”. *Ibidem*, secc. 49, pp. 73-74.

<sup>64</sup> HAMPSHER-MONK, Iain. *Op. cit.*, p. 118. Vid. también POOLE, Ross. “Locke and the Bourgeois State”, *Revista Political Studies*, Oxford, Volume XXVIII, n° 2, Clarendon Press, June 1980, pp. 226 a 228.

<sup>65</sup> “[...] su teoría de la propiedad –apunta con acierto el profesor Cortés Rodas– es no sólo una justificación del derecho a la propiedad sino, también, del derecho natural a posesiones desiguales y del derecho natural a una apropiación individual ilimitada”. CORTÉS RODAS, Francisco. “La filosofía política del liberalismo. Hobbes, Locke y Rawls”. *Estudios Políticos*. Medellín, número 10, enero-junio, 1997, p. 76.

<sup>66</sup> Vid. supra, nota de pie de página número 28.

<sup>67</sup> Vid. supra, nota de pie de página número 29.

270 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

que tengan una capacidad ilimitada de apropiarse del mundo que les rodea (la clase propietaria), mientras que aquéllos que no tienen capacidad alguna (los no propietarios) son “menos racionales ó incluso sin racionalidad alguna”<sup>68</sup> :

“Dios ha dado a los hombres el mundo en común; pero como se lo dio para su beneficio y para que sacaran de él lo que más les conviniera para su vida, no podemos suponer que fuese la intención de Dios dejar que el mundo permaneciese siendo terreno comunal y sin cultivar. Ha dado el mundo para que el hombre trabajador y racional lo use; y es el trabajo lo que da derecho a la propiedad, y no los delirios y la avaricia de los revoltosos y los pendencieros. [...]”<sup>69</sup> .

En el imaginario de Locke el origen de toda riqueza es el resultado de la laboriosidad de un grupo de personas por oposición a los vagabundos y perezosos. Nada más alejado de la realidad histórica. Esta diferencia de racionalidad viene dada por la pertenencia a una determinada clase social:

“..la clase trabajadora, a diferencia de todas las demás, es incapaz de vivir una vida racional. Se puede advertir un matiz diferente en su actitud respecto a los que trabajan y a los desempleados. Parece que consideraba a los pobres holgazanes como depravados por propia elección; los trabajadores pobres eran simplemente incapaces de vivir una vida plenamente racional a causa de su desgraciada posición. Pero independientemente de que esta situación fuera culpa suya o no, los miembros de la clase trabajadora no tenían, ni podía esperarse que tuvieran, ni poseían títulos para tener, la calidad de miembros de pleno derecho de la sociedad política; no vivían ni podían vivir una vida plenamente racional.”<sup>70</sup>

Tal y como señala Macpherson: “La introducción del dinero, en su calidad de depósito de valor, eliminaba el obstáculo técnico que había impedido que la apropiación ilimitada fuera racional en el sentido moral, esto es, que estuviera de acuerdo con la ley natural o de la razón. La introducción del dinero eliminaba también el obstáculo técnico que había impedido que la apropiación ilimitada fuera racional en el sentido de la utilidad.

<sup>68</sup> “[...] en el estado de naturaleza, aunque todos los hombres son libres, racionales y tienen iguales derechos naturales, al crearse diferencias por el uso distinto de las capacidades y habilidades, se dan, entonces, dos tipos de poseedores de esos derechos: los más hábiles e industriosos y aquellos que no hicieron uso de sus capacidades racionales. En este sentido, su teoría de la propiedad es no sólo una justificación del derecho a la propiedad sino, también, del derecho natural a posesiones desiguales y del derecho natural a una apropiación individual ilimitada”. p. 76. [La negrilla es mía]. CORTES RODAS, Francisco. “La filosofía política del liberalismo. Hobbes, Locke y Rawls”. *Estudios Políticos*. Medellín, número 10, enero-junio, 1997, p. 76.

<sup>69</sup> LOCKE, John. *Op. cit.*, secc. 34, p. 61.

<sup>70</sup> MACPHERSON, C. B. *La Teoría Política del Individualismo posesivo. De Hobbes a Locke* (The Political Theory of Possessive Individualism). Traducción de Juan R. Capella. 2ª edición. Editorial Fontanella, 1989, p. 195. Vid. también p. 204. “He calificado el concepto de racionalidad diferenciada de Locke de concepto burgués. Nada tienen en común con la idea aristotélica de dos clases -amos y esclavos- cuyas posiciones relativas se justificaban por una diferencia en la racionalidad inherente a ellas. En Locke la diferencia de racionalidad no era inherente a los hombres, no había sido implantada por Dios por la naturaleza en ellos; por el contrario, se adquiría socialmente en virtud de posiciones económicas diferentes. Se adquiría, sin embargo, en el estado de naturaleza; era por tanto inherente a la sociedad civil”. MACPHERSON, C. B. *Op. cit.*, p. 210.

El dinero, como medio de cambio y como depósito de valor, volvía provechoso producir mercancías para el intercambio comercial, para 'obtener dinero mediante la venta del producto', y de ahí que hizo provechoso ampliar las posesiones de tierra 'más allá de lo necesario para el uso de su familia, y para una abundante provisión para su consumo' y mucho más allá de lo que de otro modo 'valdría la pena cercar'. [...] Locke, evidentemente, partió de la posición de que la acumulación es racional per se por razones morales y de utilidad, y advirtió luego que lo único que impedía que fuera racional en la condición original del hombre era la ausencia de dinero y de mercados. [...] En suma: Locke introdujo en la naturaleza original del hombre una inclinación racional a la acumulación ilimitada;...<sup>71</sup>. Esta acumulación ilimitada luego de la aparición del dinero y la creación de los mercados también introduce una mayor racionalidad en la propiedad privada (considerada desde su punto de vista formal-instrumental), en el sentido de que resulta mucho más productiva este tipo de propiedad<sup>72</sup> que cualquier otra como la caza-recolección o el pastoreo:

<sup>71</sup>MACPHERSON, C. B. *Op. Cit.*, p. 202.

<sup>72</sup>Conviene apuntar que el concepto de "propiedad" (properties) tiene un carácter ambiguo en el discurso de Locke, ya que unas veces se utiliza en sentido amplio para referirse a la vida, libertad y bienes, y en otras en su significación literal para aludir a la propiedad como propiedad de bienes: "Este [Locke] no dijo nunca y es casi seguro que no creyera que el único derecho natural fuese la propiedad. La expresión que emplea con mayor frecuencia al enumerar esos derechos es "vida, libertad y posesiones (estate)". Sin embargo, empleó frecuentemente la palabra "propiedad" (property) donde parece querer significar cualquier derecho, y como fue la propiedad el único derecho natural que examinó in extenso, era inevitable que destacara como el derecho típico y más importante. En cualquier caso, concebía todos los derechos naturales siguiendo la misma línea que la propiedad, es decir, como atributos del individuo, nacidos con él y, por ende, como títulos inviolables tanto frente al gobierno como frente a la sociedad. (...)". SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política (A History of Political Theory)*. Traducción al español de Vicente Herrero. 17ª reimpresión. Madrid: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 390. En la misma línea discursiva, Fassò argumenta que este "mismo vocablo, property, posee en el lenguaje lockiano una amplia y no exclusivamente económica significación. Locke nos dirá que indica de esta forma "en términos generales (by general mane)" también la vida y la libertad, amén de los bienes propiamente dichos (estates), y en tal sentido la palabra property se usa igualmente para señalar la violación de la "propiedad" por parte del legislativo que se anota entre las causas de "disolución del gobierno". [...] Sin embargo, en los Dos tratados se habla de propiedad en sentido estricto, y la propiedad de los bienes se confirma como un derecho innato al igual que la vida, la libertad y la igualdad: la propiedad, en efecto, surge en el estado de naturaleza y subsiste más allá de él con la instauración por los hombres del Estado, sin que en modo alguno dependa del reconocimiento que de ella se haga por éste último". FASSÒ (Guido). "Historia de la Filosofía del Derecho". Traducción de José F. Lorca Navarrete; Tomo 2: La Edad Moderna (Storia della Filosofia del Diritto. Volume 2: L'età moderna), Editorial Pirámide S.A., 3era. edición Madrid, 1966., p. 148. Víd. HAMPSHER-MONK (Iain). "Historia del pensamiento político moderno. Los principales pensadores políticos de Hobbes a Marx" (A History of Modern Political Thought). Traducción de Ferrán Meler. Editorial Ariel, 1era. edición, Barcelona, 1996, p. 117; y MACPHERSON (C. B.). "La Teoría Política del Individualismo posesivo..."; op.cit.: pp. 172 a 174. Este último autor llega a ver el derecho a la propiedad privada -en sentido restringido- como una extensión de la individualidad. En otras palabras, el derecho de propiedad tiene tal alcance que todo individuo -salvo los esclavos- tiene una propiedad sobre su propiedad persona. *Ibidem*. De hecho, Locke llegará a decir: "[...] resulta evidente que aunque las cosas de la naturaleza son dadas en común, el hombre, al ser dueño de sí mismo y propietario de su persona y de las acciones y trabajos de éstas, tiene en sí mismo el gran fundamento de la propiedad. Y todo aquello que vino a constituir la parte mayor de lo que él empleó para procurarse apoyo o comodidad cuando los inventos y las artes mejoraron las cualidades de vida, fue completamente suyo y no perteneció comunitariamente a los demás". LOCKE, John. *Op. cit.*, secc. 44, p. 70. Véase también OLIVECRONA, Karl. The term "Property" in Locke's Two Treatises of Government", en: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol. LXI, no. 1, 1975, pp. 109-115; y PENNER, J. E. *The Idea of Property in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1997, especialmente el capítulo 9: "Property and Contract III: Locke and the Consent to a Market Distribution", pp. 187-201; y la bibliografía citada al final de este trabajo.

272 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

“... A lo cual me permito añadir que aquél que, mediante su propio esfuerzo, se apropia de una parcela de tierra, no sólo no disminuye la propiedad común de la humanidad, sino que la acrecienta; pues los frutos en beneficio de la vida humana que son producidos por un acre de tierra cultivada, resultan ser -sin exageración- diez veces más que los producidos por un acre de tierra igualmente fértil que no es aprovechado y continúa siendo terreno comunal. Por lo tanto, aquél que parcela una porción de tierra y mejora su vida, mediante el cultivo de diez acres, mucho más de lo que la mejoraría dejando cien acres en su estado natural, puede decirse que está dando noventa acres al género humano; y ello es así porque su trabajo está proporcionándole frutos sacados de una parcela de diez acres, en cantidad equivalente a la que produciría una tierra comunal de cien. Mas si digo que la productividad de la tierra cultivada es diez veces mayor que la de la no cultivada, la verdad es que estoy calculando muy por lo bajo; más acertado sería decir que la proporción se aproxima al ciento por uno”.<sup>73</sup>

Al existir una propiedad ilimitada en el estado de naturaleza desaparece la cantidad de tierra susceptible de apropiación al mismo tiempo que aparece una clase de “no propietarios” cuya única alternativa es la venta de su fuerza de trabajo. Aquí es donde Locke introduce el tema del trabajo asalariado<sup>74</sup>. Luego, la mayor productividad de la tierra “compensa sobradamente la falta de tierra disponible para otros”.<sup>75</sup> Como en Locke es el trabajo el que pone la diferencia de valor en todas las cosas,<sup>76</sup> la posibilidad de emplear el trabajo de aquéllos que no disponen de propiedad privada por parte de aquéllos que sí la tienen se traduce en una mayor productividad que, en último término, termina beneficiando no sólo a los propietarios sino también a los no propietarios:

<sup>73</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. 1ª reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 1994, sección 37, pp. 64-65.

<sup>74</sup> FASSÒ, Guido. *Op. cit.*, p. 115. Hampsher-Monk, comentando el tema del trabajo asalariado en Locke, dice: “... La noción de que el tamaño de las haciendas aumentaría sólo si quien poseyendo más tierra de la que podría por sí mismo trabajar empleara a alguien más para hacerlo, se encuentra implícita en la sugerencia que Locke hace en el sentido de que muchos jornaleros sin tierra podrían ser empleados para aumentar la productividad. La adquisición de propiedades superiores a las que uno puede trabajar por sí mismo presupone también la acumulación de la riqueza para pagar el trabajo (y, posiblemente, para comprar tierra). [...] Bajo tales circunstancias, la adquisición de más tierra de la que uno mismo pudiera cultivar, sería, por consiguiente, inmoral, así como insensata, a no ser que pudiera ser trabajada por otros, quienes a su vez sería improbable que buscaran un trabajo a sueldo, mientras hubiera “bastante y suficiente” tierra para ellos”. HAMPsher-MONK, Iain. *Op. cit.*, p. 117. Vid. también MACPHERSON, C. B. *Op. cit.*, pp. 186-190.

<sup>75</sup> MACPHERSON, C. B. *Op. cit.*, p. 184. Véase también HAMPsher-MONK, Iain. *Ibidem*.

<sup>76</sup> “... la mejora introducida por el trabajo es lo que añade a la tierra cultivada la mayor parte de su valor. [...]”. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. 1ª reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 1994, secc. 40, p. 67. Ya en la crítica al Programa de Gotha Marx puso de manifiesto el carácter burgués de esta concepción del trabajo como única fuente de toda la riqueza: “El trabajo no es la fuente de toda riqueza. La naturaleza es la fuente de los valores de uso (¡que son los que verdaderamente integran la riqueza material!), ni más ni menos que el trabajo, que no es más que la manifestación de una fuerza natural, de la fuerza de trabajo del hombre. [...]”. MARX (Karl). “Glosas Marginales al Programa del Partido Obrero Alemán”; en: MARX (Karl) y ENGELS (Federico). “Obras Escogidas”. Tomo III. Editorial Progreso, Moscú, 1978, p. 9.

“No puede haber demostración más clara de esto que digo, que lo que vemos en varias naciones de América, las cuales son ricas en tierra y pobres en lo que se refiere a todas las comodidades de la vida; naciones a las que la naturaleza ha otorgado, tan generosamente como a otros pueblos, todos los materiales necesarios para la abundancia: suelo fértil, apto para producir en grandes cantidades todo lo que pueda servir de alimento, vestido y bienestar; y sin embargo, por falta de mejorar esas tierras mediante el trabajo, esas naciones ni siquiera disfrutan de una centésima parte de las comodidades que nosotros disfrutamos. Y hasta un rey en esos vastos y fructíferos territorios, se alimenta, se aloja y se viste peor que un jornalero de Inglaterra”<sup>77</sup>.

El estado de naturaleza y la ley natural se llegan a identificar -en Locke- en último término con la incipiente sociedad capitalista de su época<sup>78</sup> y las correspondientes relaciones de producción. Entre los derechos naturales proclamados por Locke, el derecho de propiedad -en su doble connotación- juega un papel relevante, llegando a convertirse en el “principio de jerarquización” de todos los derechos naturales, al mismo tiempo que representa el límite de la voluntad mayoritaria y de la acción del Estado, y es el criterio para discernir la legitimidad ó ilegitimidad de los sujetos, de la sociedad civil y del gobierno. En este sentido, el estado de naturaleza es sinónimo de sociedad capitalista<sup>79</sup> y, como tal, anterior al surgimiento de la sociedad civil y del Estado: “De la teoría del origen de la propiedad privada sostenida por Locke se sigue que el derecho es anterior aun a la sociedad primitiva que describe como estado de naturaleza. Como él mismo dice, la propiedad existe “sin pacto expreso de todos los individuos. (...) De ahí que la sociedad no cree el derecho, y salvo dentro de ciertos límites no pueda ciertamente regularlo, porque tanto la sociedad como el gobierno existen, al menos en parte, para proteger el derecho privado de propiedad anterior a ellos”<sup>80</sup>. En igual sentido se manifiesta Touchard, quien considera que Locke coloca a la propiedad privada en el estado de naturaleza y, por ende, es anterior a la sociedad civil, lo que pone de manifiesto el origen burgués del pensamiento de este autor.<sup>81</sup> Asimismo, Locke llega a declarar como una consecuencia del estado de naturaleza la absoluta ilegitimidad del despotismo,

<sup>77</sup> LOCKE, John. *Ibidem*, secc. 41, pp. 67 y 68. La negrilla no corresponde al original.

<sup>78</sup> WOOD, Neal. *John Locke and Agrarian Capitalism*. Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1984, pp. 31 a 48. (Capítulo tres: “The Context of Economic Ideas: 1668-92”).

<sup>79</sup> POOLE, Ross. “Locke and the Bourgeois State”, *Revista Political Studies*. Oxford, Volume XXVIII, n° 2, Clarendon Press, junio 1980: “Locke’s derived state of nature is, therefore, recognisably a capitalist society”. (“El estado de naturaleza que deriva Locke es, por lo tanto, reconociblemente una sociedad capitalista”. Traducción libre), p. 228. Vid. también pp. 232 a 234.

<sup>80</sup> SABINE, George H. *Op. cit.*, pp. 389-390.

<sup>81</sup> “...Locke estima que la propiedad privada existe en el estado de naturaleza, que es anterior a la sociedad civil. Este teoría de la propiedad ocupa en Locke un destacado lugar: atestigüa los orígenes burgueses de su pensamiento y contribuye a aclarar su éxito”. TOUCHARD (Jean). *Op. cit.*, p. 295.

## 274 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

la tortura y la esclavitud.<sup>82</sup> Pero al igual que ocurre con la propiedad privada y la desaparición de los límites iniciales luego de la introducción del dinero, los derechos naturales que en el estado de naturaleza corresponden a todos los individuos también se verán modificados en el estado de guerra, como se verá más adelante.

### 4.2. De la constitución de la sociedad política y el gobierno

No es nuestro objetivo extendernos sobre este apartado, ya que de hacerlo excederíamos nuestro objeto de estudio y los propósitos que se persiguen con esta investigación. Únicamente nos interesa mostrar cómo funciona la ley de naturaleza como criterio -no formal sino material- último de legitimidad, incluso más allá de una hipotética voluntad mayoritaria.

Dada la precariedad<sup>83</sup> que caracteriza al estado de naturaleza, los hombres convinieron<sup>84</sup> entre sí la creación de la sociedad política:

“Si en el estado de naturaleza la libertad de un hombre es tan grande como hemos dicho; si él es señor absoluto de su propia persona y de sus posesiones [...] ¿por qué decide mermar su libertad? ¿Por qué renuncia a su imperio y se somete al dominio y control de otro poder? La respuesta a estas preguntas es obvia. Contesto diciendo que, aunque en el estado de naturaleza tiene el hombre todos esos derechos, está, sin embargo, expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadido por otros. Pues como en el estado de naturaleza todos son reyes lo mismo que él, cada hombre es igual a los demás; y como la mayor parte de ellos no observa

<sup>82</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y Totalitarismo. Op. cit.*, p. 142. A la misma conclusión llega Edward Andrew cuando concluye que el despotismo es ilegítimo para Locke, cuando afirma: “Clearly, the proposition that one’s life is not one’s property is crucial to Locke’s argument that despotism is never legitimate. [...]”. (“Claramente, la proposición de que la propia vida no es la propiedad de uno es crucial para el argumento de Locke de que el despotismo nunca es legítimo”. Traducción del autor), p. 39. [p. 537 review]. En este sentido el profesor Andrew es incapaz de ver la inversión ideológica que se opera en el pensamiento de Locke, y por medio de la cual termina justificando la despotía absoluta. ANDREW, Edward. “Inalienable Right, Alienable Property and Freedom of Choice: Locke, Nozick and Marx on the Alienability of Labour”; published in: MENSCH, Elizabeth and FREEMAN, Alan (Editors). *Property Law. England, Vol. I*, Dartmouth, 1992. (Publicado originalmente con el mismo título en: *Canadian Journal of Political Science*, 18, 1985). Véase la bibliografía citada en nota de pie de página número 45, p. 43, [p. 541 review], sobre la doctrina de la propiedad en Locke.

<sup>83</sup> Esta precariedad viene dada por el hecho que en el estado de naturaleza “[...] faltaba una ley establecida, fija y conocida; una ley que hubiese sido aceptada por consentimiento común [...]”. (Secc. 124). “En segundo lugar, falta en el estado de naturaleza un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombres, según la ley establecida. [...]”. (Secc. 125). “En tercer lugar, falta a menudo en el estado de naturaleza un poder que respalde y dé fuerza a la sentencia cuando ésta es justa, a fin de que se ejecute debidamente. [...]”. (Secc. 126). LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 134.

<sup>84</sup> La mayoría de los autores coinciden en señalar que el consentimiento para crear la sociedad política y el gobierno corresponden exclusivamente a los propietarios, quienes eran los individuos plenamente racionales y con el goce completo de los derechos naturales. HAMPSHER-MONK, Iain. *Op. cit.*, p. 127.

estrictamente la equidad y la justicia, el disfrute de la propiedad que un hombre tiene en un estado así es sumamente inseguro. Esto lo lleva a querer abandonar una condición en la que, aunque él es libre, tienen lugar miedos y peligros constantes; por lo tanto, no sin razón está deseoso de unirse en sociedad con otros que ya están unidos o que tienen intención de estarlo con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre genérico de “propiedad”.<sup>85</sup>

Precisamente el fin último de la sociedad política es la preservación de la propiedad: “Por consiguiente, el grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y a ponerse bajo un gobierno, es la preservación de su propiedad, [...]”.<sup>86-87</sup>

La sociedad política es la continuación del estado de naturaleza, pero sin los inconvenientes de éste último<sup>88</sup>. Sin embargo, no es el consentimiento<sup>89</sup> de la mayoría que se requirió para pasar del estado de naturaleza a la sociedad política el criterio de legitimidad -material- del gobierno, sino su conformidad con la Ley de Naturaleza:

“...un gobierno no es legítimo meramente por el hecho de ser consentido; de hecho, sólo puede ser consentido si es legítimo y cuando lo sea, el fundamento de su legitimidad es su conformidad con la ley de naturaleza.<sup>90</sup> [...] Para Locke, y aunque es cierto que no de un modo muy claro, los criterios de legitimidad se asientan en la ley de naturaleza. No obstante, para Locke por lo menos, la ley de naturaleza es un orden moral objetivo que no se ve afectado por los deseos subjetivos de los hombres y para el cual, por lo tanto, el consentimiento subjetivo es algo irrelevante. (...) Incluso el consentimiento expreso que la mayoría da a una medida, -concluye Hampsher-Monk- no puede hacer que sea legítima si es contraria a la ley de naturaleza”.<sup>91</sup>

<sup>85</sup> LOCKE, John. *Op. cit.*, secc. 123, pp. 133-134.

<sup>86</sup> *Ibidem*, secc. 124, p. 134.

<sup>87</sup> “El gobierno -de acuerdo con Locke- no tiene más fin que la conservación de la propiedad. [...] Leyes, jueces y una policía: esto es lo que falta a los hombres en el estado de naturaleza y lo que les proporciona el gobierno civil. Por consiguiente, el poder político es una especie de depósito confiado por propietarios a propietarios (“political trusteeship”). Los gobernantes son administradores al servicio de la comunidad; su misión consiste en asegurar el bienestar y la prosperidad”. TOUCHARD, Jean. *Op. cit.*, p. 295; y SABINE, George H. *Op. cit.*, p. 388.

<sup>88</sup> “...Las obligaciones de la ley de naturaleza no cesan cuando se vive en sociedad; y hay muchos casos en los que se hacen más estrictas y van acompañadas de leyes humanas, las cuales imponen castigos públicos para reforzarlas y para que sean más vigorosamente observadas”. LOCKE, John. *Op. cit.*, sección 135, pp. 142-143.

<sup>89</sup> Sobre el tema del contrato social en Locke, véase: SABINE, George H. *Ibidem*, pp. 392-393; y MACPHERSON, C. B. *Op. cit.*, pp. 211 a 214.

<sup>90</sup> HAMPsher-MONK, Iain. *Op. cit.*, p. 128.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 129. La negrilla no corresponde al texto original. Vid. también p. 136.

## 276 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

Para Locke las mayorías<sup>92</sup> pueden decirlo todo, excepto lo fundamental, sea la vigencia irrestricta de la Ley Natural que, como ya vimos, representa la condensación en el plano filosófico de las relaciones sociales de producción capitalistas y los derechos “naturales” apropiados a esta forma histórica de producción de la riqueza social.<sup>93</sup> En este sentido la Ley Natural es el principio de jerarquización de los derechos naturales, la sociedad civil y el gobierno<sup>94</sup> :

“Ahora bien, si el pueblo es el soberano, puesto que no cede (ni puede ceder) la totalidad de sus derechos, la voluntad popular, sin embargo, no es omnímoda: por una parte, no puede deponer al gobierno, una vez constituido, mientras éste no se extralimite; por otra, está sometido a la ley natural ‘como regla eterna para todos los hombres, para los legisladores como para los demás’; ley que se confunde con la Ley de Dios.// De esta suerte, la limitación inmanente del poder se complementa con una limitación trascendente, en la línea del pensamiento iusnaturalista tradicional, recibido a través de Hooker. Para Locke, la vox populi no es todavía vox Dei. [...]”<sup>95</sup> .

<sup>92</sup> Aquí el concepto de “mayorías” no debe entenderse como conjunto indeterminado de personas que tienen capacidad para participar activamente en la conformación de las decisiones políticas fundamentales sin distinción de raza, sexo, credo ó edad. Dicho concepto debe ser visto dentro del contexto del pensamiento lockiano, limitando su alcance a todos aquéllos hombres que poseían propiedades: “...solamente quienes tenían “hacienda” podían ser miembros de pleno derecho por dos razones: solamente ellos tenían un interés pleno en la conservación de la propiedad, y solamente ellos eran plenamente capaces de aquella vida racional -la sumisión voluntaria a la ley de la razón- que es la base necesaria de la participación plena en la sociedad civil”. MACPHERSON, C. B. *Op. cit.*, p. 212. De ahí que se haya considerado a Locke, entre otras cosas, como el apologista de la burguesía. HAMPHERMONK, Iain. *Op. cit.*, p. 127. O sea, se trata de mayorías patriarcales y propietarias. Véase el capítulo VIII: “Del Origen de las Sociedades Políticas”, particularmente las secciones 96, 97, 98, 119 y 120. LOCKE, John. *Op. cit.*  
<sup>93</sup> En el mismo sentido Poole sostiene que la forma en que Locke establece los derechos naturales no sólo resulta compatible con el capitalismo, sino que también resultan apropiados para esta forma de producción: “El efecto de estos argumentos es el de establecer los derechos naturales del individuo de una forma tal que no sólo resultan compatibles con el capitalismo, sino adecuados a él. El Capitalismo requiere fuerza de trabajo libre, y esta es proporcionada por el derecho natural a la propiedad sobre el propio trabajo y por la libertad natural de venderla en el mercado; el derecho natural a la vida es preservado tan sólo hasta que el salario pactado es mantenido. El Capitalismo requiere la libertad de acumulación individual y el intercambio de bienes, y esta es establecida por el derecho natural de propiedad inobstaculizada por restricciones sociales y jurídicas. Estos no son derechos naturales adecuados al feudalismo, las sociedades esclavistas ó, por esa razón, el socialismo. Ellos son adecuados, ciertamente necesarios, para el capitalismo”. POOLE, Ross. “Locke and the Bourgeois State”, *Revista Political Studies*, Volume XXVIII, N° 2, June 1980, Clarendon Press, Oxford, p. 232. Traducción del autor. La negrilla es mía.

<sup>94</sup> Para Sabine, el “...individuo y sus derechos -y en especial, el de propiedad- aparecen como fundamento de todo el sistema. [...] los únicos derechos que Locke declaraba absolutamente inviolables eran los derechos individuales de propiedad y libertad”. SABINE, George H. *Op. cit.*, p. 397. Véase en igual sentido: GINER, Salvador. *Historia del Pensamiento Social*. 7ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1990, p. 312; y TOUCHARD, Jean. *Op. cit.*, p. 295.

<sup>95</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Tomo II: “Del Renacimiento a Kant”. 3ª edición revisada y aumentada. Madrid: Alianza Editorial, 1988, p. 252. Rodríguez Paniagua sostiene una posición similar a la de este autor en cuanto a que la Ley Natural representa los límites que deben ser respetados por todo poder si quiere ser considerado como legítimo. No obstante no entra a problematizar el concepto de propiedad que utiliza Locke, tomando partido por el uso amplio del término: “Uno de los puntos en los que Locke tiene interés especial en subrayar las limitaciones del poder legislativo es la propiedad.// Esta no puede ser tocada, pues ya existía en el estado de naturaleza, y la sociedad civil perfecciona lo que hubiera en el estado de naturaleza: tiene, pues, que respetar y proteger la propiedad; éste es uno de los fines por los que se establece la sociedad civil.// Es más, si por propiedad se entiende el conjunto de bienes de vida, libertad y hacienda (como generalmente la entiende Locke), a eso se reduce la finalidad de la sociedad: a la conservación y protección de esos bienes”. RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del Pensamiento Jurídico*. Tomo I: “De Heráclito a la Revolución Francesa”. 7ª edición. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 169.

Es evidente que la Ley Natural representa para Locke el criterio material a priori (más allá de los criterios formales, e incluso en contra de ellos) de legitimidad de los derechos naturales, la sociedad política y el gobierno que los hombres han instituido, precisamente, para la preservación de esos derechos naturales<sup>96</sup>. Pero, ¿qué pasa con los derechos naturales (la propiedad -en sentido restringido-, vida y libertad) de aquéllos que no reconocen la Ley Natural en los términos que han sido expuestos? Las próximas líneas se dedicarán al análisis de este problema.

### 4.3. La inversión ideológica de los derechos humanos en Locke<sup>97</sup>

En el imaginario político de Locke, quien se opone a la Ley Natural, Ley de Dios y del género humano, no está en contra de alguna de sus normas ó principios, sino contra Dios y la humanidad entera. Se encuentra en un estado de guerra contra el género humano al haber: “[...] renunciado a hacer uso de la razón -esa regla y norma común que Dios ha dado a la humanidad-, ha declarado la guerra a todo el género humano al haber cometido injusta violencia matando a uno de sus miembros; y, por lo tanto, puede ser destruido como si fuera un león, un tigre o una de esas bestias salvajes entre las cuales los hombres no pueden vivir ni encontrar seguridad. Y en esto se funda esa gran ley de naturaleza: “Quien derrama la sangre de un hombre está sujeto a que otro hombre derrame la suya”<sup>98</sup>. Locke desemboca en una guerra ideológica y, por lo tanto, en una guerra absoluta, donde la justicia e injusticia de la guerra, así como la relación amigo/enemigo son definidos a priori por oposición a la Ley Natural=Dios=Humanidad. El enemigo no sólo quebranta una norma, sino que comete un crimen ideológico: “[...] Al transgredir la ley de naturaleza, el que realiza una ofensa está declarando que vive guiándose por reglas diferentes de las que manda la razón y la equidad común, las cuales son las normas que Dios ha establecido para regular las acciones de los hombres en beneficio de su seguridad mutua. Y así, el transgresor es un peligro para la humanidad; pues las ataduras que impedían a los hombres herirse y hacerse violencia unos a otros, han sido por él cortadas y rotas. Lo cual, al constituir una transgresión contra toda la especie y contra la paz y seguridad que estaban garantizadas por la ley de naturaleza, permitirá que cada hombre, en virtud del derecho que tiene de preservar al género humano en general, pueda contener o, si es necesario, destruir aquellas cosas que le sean nocivas, [...]”<sup>99</sup>. Para Locke, todos nacen iguales y tienen iguales derechos por ley

<sup>96</sup> “[...] Así, la ley de naturaleza permanece como regla eterna a la que han de someterse todos los hombres, tanto los que son legisladores como los que no lo son. Las reglas que aquéllos dictan para que los demás hombres actúen de acuerdo con ellas, deben de estar de acuerdo -lo mismo que sus propias acciones- con la ley de naturaleza, es decir, con la voluntad de Dios, de la cual la ley de naturaleza es manifestación. Y como la principal ley de naturaleza es la preservación de la humanidad, ninguna acción humana que vaya contra esto puede ser buena o válida”. LOCKE, John. *Op. cit.*, secc. 135, p. 143.

<sup>97</sup> Véase, en igual sentido, el artículo de HINKELAMMERT, Franz. “La inversión de los Derechos Humanos: el caso de John Locke”. en: *Revista PASOS*. San José, Costa Rica, número 85, setiembre-octubre de 1999.

<sup>98</sup> LOCKE, John. *Ibidem*, secc. 11, p. 42.

<sup>99</sup> *Ibid.*, secc. 8, pp. 39-40.

278 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

de la naturaleza<sup>100</sup> que, en último término, es el derecho de propiedad, de origen divino y patrimonio de la humanidad. Luego, quien atenta contra esa Ley Natural no sólo renuncia a las reglas de la razón y equidad común, “que es la medida que Dios puso en las acciones de los hombres para su mutua seguridad”<sup>101</sup>, sino que le declara la guerra a la humanidad entera (léase a la humanidad del burgués), por lo que merece ser destruido como “un león”, “un tigre”<sup>102</sup>, como “una de esas bestias salvajes entre las cuales hombres no pueden vivir ni encontrar seguridad”<sup>103</sup>, como “un lobo o a un león”<sup>104</sup>, como “si fuesen bestias de presa: esas criaturas peligrosas y dañinas que destruyen a todo aquél que cae en su poder”<sup>105</sup>, como “enemigo y peste de toda la humanidad”.<sup>106</sup> Encontramos aquí una expresión genuina del mecanismo de monstrificación del “Otro”,<sup>107</sup> inaugurado por John Locke en su versión moderna.<sup>108</sup> Locke le atribuye a los que -real ó imaginariamente- no reconocen la Ley Natural la intención de implantar el despotismo, la arbitrariedad y la esclavitud:

“En tercer lugar, el poder despótico es un poder absoluto y arbitrario que un hombre ejerce sobre otro, hasta el punto de quitarle la vida si así le place. Es éste un poder que la naturaleza jamas (sic) concede -pues la naturaleza no hace una distinción así entre un hombre y otro-, y que tampoco puede derivarse de contrato alguno; es, únicamente, el efecto de haber renunciado el agresor a su propia vida poniéndose en estado de guerra con otro. Pues, habiendo abandonado la razón, la cual Dios ha concedido a los hombres para que se guíen por ella en sus relaciones mutuas, y que es el lazo común mediante el cual el género humano se une en camaradería y sociedad; y habiendo abandonado asimismo el camino de la paz que la razón nos señala, el agresor ha hecho uso de la guerra para conseguir un propósito que consiste en dominar a otra persona sin tener derecho a ello. Y, actuando así, se ha rebelado

<sup>100</sup> “Aunque ya he dicho más atrás (Capítulo II) que «todos los hombres son iguales por naturaleza», no quiero que se me entienda que estoy refiriéndome a toda clase de igualdad. La edad o la virtud pueden dar a los hombres justa precedencia; la excelencia de facultades y de méritos puede situar a otros por encima del nivel común; el nacimiento puede obligar a algunos, y los compromisos y el beneficio recibido puede obligar a otros a respetar a aquéllos a quienes la naturaleza o la gratitud o cualquier otro signo de respetabilidad hace que se le deba sumisión; y, sin embargo, todo esto es compatible con la igualdad de la que participan todos los hombres en lo que respecta a la jurisdicción o dominio de uno sobre otro; y ésa es la igualdad de la que allí hablaba a propósito del asunto que estaba yo tratando, es decir, del mismo derecho que todo hombre tiene a disfrutar de su libertad natural, sin estar sujeto a la voluntad o a la autoridad de ningún otro hombre”. LOCKE (John). *Op. cit.*, secc. 54, pp. 77-78.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*, secc. 11, p. 42.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*, secc. 16, p. 46.

<sup>105</sup> *Ibid.*, secc. 16, p. 47.

<sup>106</sup> *Ibid.*, secc. 230, p. 221.

<sup>107</sup> Para un interesante estudio sobre el papel que cumple el “monstruo” en el discurso político, ético y estético, véase: HERRA, Rafael Angel. *Lo monstruoso y lo bello*. 1ª edición. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1988. Asimismo, véase el sugerente libro de: HINKELAMMERT, Franz. *Sacrificios Humanos y Sociedad Occidental: lucifer y la bestia*. 2ª edición. San José: Editorial Departamento Ecueménico de Investigaciones (DEL), 1993.

<sup>108</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Op. cit.*, p. 158.

contra los de su propia especie y se ha unido a la de las bestias, haciendo de la fuerza (que es la norma por la que las bestias se guían) la ley en que se basan sus derechos. (...)."<sup>109</sup>

Frente a ellos Locke reivindica la “Guerra Justa”, que es aquélla que llevan a cabo los que actúan en nombre de la Ley Natural. De ahí que la “Guerra Justa” es la que se hace en nombre del Imperio de la “Ley Natural”. Se trata de una guerra donde los amigos y enemigos son definidos “a priori”. Luego, todos aquéllos que “desconozcan la Ley Natural” son (contra su voluntad ó aún sin que tengan voluntad alguna de serlo) “enemigos”:

“Que el agresor que se pone en un estado de guerra con otro e injustamente invade sus derechos no puede jamás, como resultado de esa guerra injusta, tener derecho alguno sobre el conquistado, es algo en lo que estará de acuerdo -en opinión de Locke- todo hombre que no se piense que los ladrones y piratas tienen derecho a mandar sobre aquéllos a quienes han dominado por la fuerza; y tampoco podrá estar nadie obligado a cumplir promesas que le han sido arrancadas ilegalmente mediante intimidación y violencia. [...]”.<sup>110</sup>

Distinto es el caso cuando son los vencedores quienes triunfan en esta guerra: “Pero supongamos que la victoria favorece a quien tiene la razón, y consideremos qué poder obtiene, y sobre quién, el que vence en una guerra justa. En primer lugar, es claro que, como resultado de su conquista, no adquiere poder sobre aquéllos que conquistaron junto con él. [...]”.<sup>111</sup> ¿Cuáles son esos derechos que adquiere el “conquistador legítimo” sobre los conquistados? De acuerdo con Locke, el poder<sup>112</sup> que adquiere es un poder despótico: “supongamos -lo cual no suele ocurrir- que los conquistadores y los conquistados no se integren en un solo pueblo cuyas leyes sean uniformes para todos, y veamos qué clase de poder legal tendría entonces el conquistador sobre los sometidos. Lo que sobre esto tengo que decir es que el poder sería puramente despótico. El vencedor tiene poder absoluto sobre las vidas de aquéllos que, enzarzados en una guerra injusta, han renunciado a ellas; pero no lo tiene sobre las vidas o fortunas de quienes no participaron en dicha guerra, ni tampoco sobre las posesiones, incluso las que pertenecen a quienes de hecho tomaron parte en la guerra en cuestión”.<sup>113</sup> Se trata de un poder perfectamente despótico: “[...] el poder que un conquistador obtiene sobre aquéllos a

<sup>109</sup> LOCKE, John. *Op. cit.*, secc. 172, p. 174.

<sup>110</sup> *Ibid.*, secc. 176, pp. 177-178.

<sup>111</sup> *Ibid.*, secc. 177, pp. 179.

<sup>112</sup> Locke distingue entre el poder paternal, el poder político y el poder despótico, que corresponden respectivamente al poder que los padres ejercen sobre sus hijos, los gobernantes sobre los gobernados, y los amos sobre sus esclavos: “La naturaleza da el primero de estos poderes, es decir, el poder paternal, a los padres, para beneficio de los hijos mientras éstos se encuentran en minoría de edad, a fin de suplir su falta de habilidad y de entendimiento en la administración de su propiedad. (...) Un acuerdo voluntario da el segundo poder, es decir, el poder político, a los gobernantes, para beneficio de sus súbditos, a fin de asegurarlos en la posesión y uso de sus propiedades. Y el despojo o privación da el poder despótico a los amos, los cuales lo ejercen para su propio beneficio sobre aquéllos que han sido desposeídos de todas sus propiedades”. LOCKE (John). *Op. cit.*, secc. 173, p. 175.

<sup>113</sup> *Ibid.*, secc. 178, pp. 180-181. El énfasis no corresponde al texto original.

280 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

los que ha vencido en una guerra justa, es perfectamente despótico. Tiene poder absoluto sobre las vidas de aquéllos que, al ponerse a sí mismos en un estado de guerra, han perdido la garantía de conservarlas; mas no tendrá el conquistador derecho alguno a tomar sus posesiones. [...]”<sup>114</sup> “[...] el conquistador, si vence en causa justa, tiene derecho a ejercer un poder despótico sobre las personas de quienes colaboraron y participaron en la guerra contra él, y tiene también el derecho de reparar daños y gastos con el trabajo y los bienes de los vencidos, de manera que no afecte los derechos de nadie más. [...]”<sup>115</sup> El conquistador llega a tener un poder absoluto sobre la propia persona del conquistado, a quien podrá emplear en su beneficio:

“[...] Ciertamente, quien ha renunciado a su propia vida por causa de algún acto que merece la muerte, puede que le sea concedida alguna prórroga por aquél que le tiene en su poder, y que, mientras tanto, lo emplee en su servicio haciendo esto, no le estará causando injuria, pues quien encuentre la dureza de la esclavitud más onerosa que el hecho de perder la vida, siempre estará en su poder, con sólo desobedecer la voluntad de su amo, hacer que caiga sobre sí la muerte que desea”.<sup>116</sup>

“[...] Ésta es la verdadera condición de la esclavitud, la cual no es otra cosa que “el estado de guerra continuado entre un legítimo vencedor y su cautivo”. [...]”<sup>117</sup>

El conquistador tiene un poder absoluto de vida y muerte sobre la vida del conquistado, a quien puede emplear en su beneficio (trabajos forzados); y si al esclavo le resulta insoportable su situación, le queda la “alternativa” del suicidio que, en todo caso, tampoco es un derecho ya que carece por completo de ellos<sup>118</sup>.

En nombre de la lucha contra la despotía, los poderes absolutos y la esclavitud, Locke reivindica la despotía, los poderes absolutos y la esclavitud de aquéllos a los que

<sup>114</sup> *Ibid.*, secc. 180, p. 182. El énfasis no corresponde al texto original.

<sup>115</sup> *Ibid.*, secc. 196, p. 192.

<sup>116</sup> *Ibid.*, secc. 23, pp. 53.

<sup>117</sup> *Ibid.*, secc. 24, p. 53. “[...] hay otra clase de siervos a los que damos el nombre particular de esclavos. Estos, al haber sido capturados en una guerra justa, están por derecho de naturaleza sometidos al dominio absoluto y arbitrario de sus amos. Como digo, estos hombres, habiendo renunciado a sus vidas y, junto con ellas, a sus libertades; y habiendo perdido sus posesiones al pasar a un estado de esclavitud que no los capacita para tener propiedad alguna, no pueden ser considerados como parte de la sociedad civil del país, cuyo fin principal es la preservación de la propiedad”. *Ibid.*, secc. 85, p. 101.

<sup>118</sup> Cf. la postura en torno al tema del suicidio de SOLAR CAYÓN, José Ignacio. “Suicidio y Política en John Locke”. en: *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*. no. 6, Año III, febrero de 1998, pp. 455-477. Este autor tampoco llega a ver con claridad –en nuestro criterio– la dialéctica perversa sobre la cual Locke construye su teoría, llegando por lo tanto a una conclusión radicalmente opuesta a la nuestra: “...El hombre no tiene poder para disponer de su vida o los medios necesarios para su preservación. Nadie puede ceder un poder que no tiene y, por lo tanto, la sociedad política que ponga en peligro la preservación de sus ciudadanos –concluye Solar Cayón– ejerce un poder despótico y arbitrario, que no le ha sido confiado. Frente a tal esclavitud política queda justificada la resistencia violenta”. *Ibid.*, p. 477. El Profesor Solar Cayón no se da cuenta que aquéllos que, según él, ejercen justificadamente –lo que equivale a decir de manera legítima– la resistencia violenta son, en realidad, los que reivindican el uso de un poder despótico sobre aquéllos (as) “Otros” a quienes se les atribuye –real ó imaginariamente– querer ejercer ese mismo poder despótico y arbitrario. Por esa razón, como bien apunta Hinkelammert, las guerras de agresión que Occidente lleva a cabo siempre son presentadas como “Guerras Defensivas” (“Humanitarias” se les califica hoy en día). Vid. HINKELAMMERT (Franz). “La inversión de los Derechos Humanos: el caso de John Locke”; en: Revista PASOS, número 85, San José, Costa Rica, setiembre-octubre de 1999.

él imputa querer imponer la despotía, los poderes absolutos y la esclavitud.<sup>119</sup> Locke llega a legitimar la esclavitud por medio de la inversión ideológica de los derechos naturales. En nombre de la Ley Natural y los derechos naturales Locke desembocará, en virtud de una dialéctica maldita, en el: “Ningún derecho natural para los enemigos de los derechos naturales”.

Pese a la claridad y riqueza conceptual del análisis de Macpherson, en este punto en particular se equivoca. Macpherson coincide en que Locke legitima la esclavitud, pero yerra en la comprensión de las razones con base en las cuales lo hace. Considera que Locke “justificó la esclavitud, pero no por razones inherentes a una racionalidad diferenciada. La esclavización sólo estaba justificada cuando un hombre “por culpa suya” había perdido el derecho a su propia vida por actos que merecen la muerte (secc. 23). Locke parece haberla considerado como una penalidad ajustada a sus criminales naturales”.<sup>120</sup> No llega a ver la manera completamente nueva en que Locke legitima la esclavitud<sup>121</sup>. Ahora el esclavo no es “esclavo por naturaleza” como sostuvo Aristóteles<sup>122</sup> y toda la tradición posterior. Ahora el esclavo

<sup>119</sup> Hinkelammert analiza agudamente este mecanismo: “Es un discurso despótico, que la despotía hace en nombre de la lucha en contra de la despotía. Este discurso lo desarrolla por primera vez John Locke, en la forma moderna que todavía hoy utiliza Bush. Hay solamente una diferencia. Locke lo presenta abiertamente como el discurso desde un poder despótico, que se legitima en nombre de la lucha en contra de todas las despotías en el mundo...”. HINKELAMMERT, Franz. *Sacrificios Humanos y Sociedad Occidental... op.cit.*; p. 158. Más recientemente Javier Solana, Secretario General de la Organización del Atlántico Norte (OTAN), utilizó un discurso situado dentro de la misma dialéctica perversa inaugurada por Locke en el contexto de la guerra contra Serbia, eufemística y cínicamente denominada como “intervención humanitaria”. El Señor Solana, en su condición de máximo representante institucional de la OTAN, justificó con base en el argumento de la defensa de los Derechos Humanos no sólo la violación de los principios y normas del Derecho Internacional, sino también la violación de los Derechos Humanos del Pueblo Serbio así como del Kosovar que pretendía proteger. Cfr. COTTURI, Giuseppe. “Guerre di globalizzazione”. en: *Guerra individuo*. A cargo de Giuseppe Cotturi. Milán, Editorial Franco Angeli, 1999, pp. 11-47. GAJM.

<sup>120</sup> MACPHERSON, C. B. *Op.cit.*, nota de pie de página número 135, p. 211.

<sup>121</sup> Hampsher-Monk, al igual que Macpherson, no alcanza a ver la nueva forma de legitimación de la esclavitud que introduce Locke: “Aunque no podemos esclavizarnos por consentimiento, legítimamente podemos hacerlo “mediante cierto acto que merezca la muerte”. De hecho, Locke pretende justificar la esclavitud; piensa que los criminales convictos de delitos capitales podían salvar la vida como esclavos en lugar de ser ejecutados”. HAMPsher-MONK, Iain. *Op.cit.*, p. 112. Este autor piensa que para Locke la esclavitud era la consecuencia de “cierto acto que merezca la muerte”. En este sentido considera que la esclavitud era un “castigo benigno” por oposición a la pena de muerte, signo inequívoco de la “magnanimidad” del conquistador.

<sup>122</sup> En contraste con la forma en que Locke legitima la esclavitud, la posición de Aristóteles parece completamente “paternal”: “Y en general, el ser formado por la naturaleza para mandar y el destinado a obedecer. ¿deben poseer las mismas virtudes o virtudes diferentes? Si ambos tienen un mérito absolutamente igual, ¿de dónde nace que eternamente deben el uno mandar y el otro obedecer? (...) Evidentemente es necesario que ambos tengan virtudes, pero virtudes tan diversas como lo son las especies de seres destinados por la naturaleza a la sumisión. Esto mismo es lo que hemos dicho ya al tratar del alma. La naturaleza ha creado en ella dos partes distintas: la una destinada a mandar, la otra a obedecer, siendo sus cualidades bien diversas, pues que la una está dotada de razón y privada de ella la otra. Esta relación se extiende evidentemente a los otros seres, y respecto de los más de ellos la naturaleza ha establecido el mando y la obediencia. Así, el hombre libre manda al esclavo de muy distinta manera que el marido manda a la mujer y que el padre al hijo; (...) El esclavo está absolutamente privado de voluntad; la mujer la tiene, pero subordinada; el niño sólo la tiene incompleta. (...) La naturaleza hace al esclavo, pero no hace al zapatero ni a ningún otro operario. Por consiguiente, es preciso reconocer que el señor debe ser para el esclavo la fuente de la virtud que le es especial, bien que no tenga, en tanto que señor, que comunicarle el aprendizaje de sus trabajos. Y así se equivocan mucho los que rehusan toda razón a los esclavos, y sólo quieren entenderse con ellos dándoles órdenes, cuando, por lo contrario, deberían tratarlos con más indulgencia aún que a los hijos”. ARISTOTELES. *La Política*. Traducción de don Patricio de Azcárate. 1ª edición. Buenos Aires: Espasa-Calpe S.A., 1941, capítulo V del Libro I, pp. 47 a 49. La negrilla así como el subrayado son míos.

## 282 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL

deviene tal en virtud de la dialéctica perversa en la que se inscriben los derechos naturales en la concepción de Locke.

De ahí que no es producto de la mera coincidencia histórica que el hombre que dijo que “todos los hombres son iguales por naturaleza”<sup>123</sup> invirtiera parte de su fortuna personal en el tráfico de esclavos<sup>124</sup>; que en las Normas Fundamentales de Carolina, cuya redacción se le atribuye, estableciera en su artículo 11 que: “Todo hombre libre de Carolina tendrá poder y autoridad absolutos sobre sus esclavos negros, cualesquiera que sean su religión y opiniones”;<sup>125</sup> ni que la Inglaterra liberal de la época conquistara a comienzos del siglo XVIII el monopolio de esclavos y lo mantuviera durante cien años<sup>126</sup>. Como la esclavitud ya no era inherente al individuo, podía suprimirse en cualquier momento cuando ya no fuera “rentable ó conveniente”. De hecho, fue la propia Inglaterra liberal la que obligó a Brasil a abolir la esclavitud en el siglo XIX.<sup>127</sup>

### 5. Reflexiones finales

Toda conclusión es la síntesis de las ideas, conceptos, argumentos y valores expuestos a lo largo del proceso investigativo. Partiendo de esa premisa, en las próximas líneas nos limitaremos a puntualizar los dos aspectos que consideramos más relevantes, sin perjuicio de que el lector/a pueda llegar a sus propias conclusiones:

1º).- El pensamiento de John Locke se inscribe dentro de una corriente de pensamiento que lo precede y al mismo tiempo lo trasciende, llegando hasta nuestros días, como lo han puesto de manifiesto brutalmente la Guerra de Irak y la Guerra contra Serbia que se llevó a cabo en nombre de la defensa de los derechos humanos. Se trata de una corriente de pensamiento que contiene una dialéctica maldita, según la cual el amor al prójimo se llega a convertir en el imperativo categórico de su destrucción, generando una inaudita espiral de violencia interminable que se legitima a sí misma en nombre de la “fe verdadera”, la “libertad”, el “progreso”, los “derechos humanos”, etc.

<sup>123</sup> LOCKE, John. *Op.cit.*, secc. 54, p. 77.

<sup>124</sup> Cranston cita, con base en un libro de cuentas que se encuentra en la Colección Lovelace, el record de los ingresos que Locke recibió de su propiedad en Somerset entre 1664 y 1672, durante el cual recibió un ingreso anual de 240 Libras, aparte de sus ingresos de la Iglesia de Cristo y las ganancias producto de sus inversiones en el tráfico de esclavos. “...Locke was drawing an income of about £ 240 a year in addition to his revenues from Christ Church and the profits from his investments in the slave trade and elsewhere”. CRANSTON, Maurice. *John Locke, a biography*. Gran Bretaña: Edit. Longmans, Green and Co., London, New York y Toronto, 1era. edición, 1957, p. 115. (El énfasis no corresponde al texto original).

<sup>125</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio (et.al.). *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*. 1ª edición. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 79.

<sup>126</sup> “Después de Locke el mundo burgués ya no habla de este poder despótico de Locke, aunque siga ejerciéndolo. Locke lo concibe para legitimar el colonialismo, en el cual está entrando Inglaterra en su tiempo”. HINKELAMMERT, Franz. *Sacrificios Humanos y Sociedad Occidental...* op.cit., p. 159.

<sup>127</sup> Véase GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. 67a. edición, 13a. edición en España. Madrid: Editorial Siglo XXI, 1994, 486 p.

Ello explica por qué Locke, en nombre de la Ley Natural y los Derechos Naturales, niega los derechos naturales de aquéllos a quienes él atribuye querer violar la Ley Natural y los Derechos Naturales. Se trata, como puede verse, de un mecanismo de inversión ideológica de los derechos naturales que contiene una lógica sacrificial.

2º).- Esta lógica sacrificial, uno de cuyos exponentes es Locke, tiende a invisibilizarse y a invisibilizar la violencia que produce por medio de la “monstrificación” de los “Otros/as”, quienes son como “bestias salvajes”, “animales dañinos”, “criaturas nocivas”, “peste de toda la humanidad”. Los monstruos siempre serán los “Otros/as”, a quienes se niega toda subjetividad. En términos teológicos, este conflicto se representa como la batalla entre San Jorge y el dragón, donde el primero siempre actúa en nombre de Dios y la fe verdadera. En Locke aparece claramente esta figura del San Jorge-Burgués, quien hace una “Guerra Justa” en nombre del Imperio de la “Ley Natural” (Ley de Dios, de la propiedad privada y, en último término, del mercado) en contra de todos aquéllos que no la reconocen ó la niegan, quienes siempre serán los monstruos. Esta podría ser una de las posibles explicaciones del por qué en el pensamiento occidental poco se ha teorizado –a juicio nuestro- sobre la dialéctica perversa que pueden asumir los derechos naturales (al igual que los derechos humanos hoy en día) y la lógica sacrificial en la que se inscribe su movimiento dialéctico. Sencillamente no se la ve.

## Referências Bibliográficas

- AGUIAR DE LUQUE, Luis. “Los límites de los Derechos Fundamentales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, número 14, 1993.
- ALCANTARA SAEZ, Manuel. *Gobernabilidad, crisis y cambio. Elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ANDREW, Edward. “Inalienable Right, Alienable Property and Freedom of Choice: Locke, Nozick and Marx on the Alienability of Labour”; published in: MENSCH, Elizabeth and FREEMAN, Alan (Editors). *Property Law*. England, Vol. I, Dartmouth, 1992. (Publicado originalmente con el mismo título en: *Canadian Journal of Political Science*, 18, 1985).
- ARBOS, Xavier y GINER, Salvador. *La Gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*. 1ª edición. España: Editorial Siglo XXI, 1993.
- ARISTOTELES. *La Política*. Traducción de don Patricio de Azcárate. 1ª edición. Buenos Aires: Editorial Espasa-Calpe S.A., 1941.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Niccola y PASQUINO, Gianfranco (Dirs.). *Diccionario de Política* (Suplemento). Redactor de la edición en español Martí Soler. Traducción de Miguel Martí y Martí Soler. Madrid: Editorial Siglo XXI, 1988.
- BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís Roig. 1ª edición. Madrid: Editorial Sistema, 1991.

**284 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL**

BUCKLE, Stephen. *Natural Law and the Theory of Property. Grotius to Hume*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CHATELET, Francois; DUMAMEL, Olivier y PISIER-KOUCHNER, Evelyn. *Historia del pensamiento político* (Histoire des idées politiques). 1ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

CHOMSKY, Noam (et.al.). "La visión de Orwell (1984) y nuestro mundo". en: "El Anarquismo y los problemas contemporáneos". Traducción de Ismael Viadiu. 1ª edición. Móstoles: Ediciones Madre Tierra, 1992. Publicado originalmente en: *Tierra y Libertad*, México, Junio de 1986.

CORTES RODAS, Francisco. "La filosofía política del liberalismo. Hobbes, Locke y Rawls". *Estudios Políticos*. Medellín, número 10, enero-junio, 1997.

COTTURI, Giuseppe. "Guerre di globalizzazione". en: *Guerra individuo*. A cargo de Giuseppe Coturri. Milán, Editorial Franco Angeli, 1999.

CRANSTON, Maurice. *John Locke, a biography*. Gran Bretaña: Edit. Longmans, Green and Co., London, New York y Toronto, 1era. edición, 1957.

DE ASIS ROIG, Rafael. *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al Poder*, 1ª edición. Madrid: Editorial Debate, 1992.

\_\_\_\_\_. "Sobre los Límites de los Derechos". en *Derechos y Libertades*. número 3, 1994, pp. 111-130.

DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx: el Estado de la deuda, el trabajo y la nueva internacional*. Traducción de José Miguel Alarcón y Cristina de Peretti. 3ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 1998. (La versión original fue publicada en francés bajo el título: *Spectres de Marx*. Editions Galiléé, 1993. Hay traducción al inglés: *Specters of Marx. The State of the Debt, the Work of Mourning, & the New International*. Trad. de Peggy Kamuf; con introducción de Bernd Magnus y Stephen Cullenberg. New York y Londres Editorial Routledge, 1994).

*Diccionario de Política*. Dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci. Redactor Gianfranco Pasquino. Redactores de la edición en español José Aricó y Jorge Tula. Traducción de Raúl Crisafio, Alfonso García, Mariano Martín y Jorge Tula. edición en español (primera de España). 2ª edición. Madrid: Editorial Siglo XXI, 1982.

DUSSEL, Enrique. *Ética de la Liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión*. 1ª edición. Madrid: Editorial Trotta, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

\_\_\_\_\_. *Derechos Humanos y Ética de la Liberación. (Pretensión Política de Justicia y la Lucha por el Reconocimiento de los Nuevos Derechos)*. Ponencia presentada en el VII Seminario del Programa de Diálogo Norte-Sur, El Salvador. s/f.

ENCYCLOPÆDIA UNIVERSALIS. Tomo 16. Rodin-Sous-Marins, Éditeur à Paris, 1988.

FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Tomo 2: La Edad Moderna (Storia della Filosofia del Diritto. Volume 2: L'età moderna). Traducción de José F. Lorca Navarrete. 3ª ed. Madrid: Editorial Pirámide S.A., 1966.

FERNANDEZ GARCIA, Eusebio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. 1ª reimpresión. Madrid: Editorial Debate, 1987.

GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. 67a. edición, 13a. edición en España. Madrid: Editorial Siglo XXI, 1994.

- GINER, Salvador. *Historia del Pensamiento Social*. 7ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1990.
- HABA, Enrique P. *Tratado Básico de Derechos Humanos. Con especial referencia al Derecho Constitucional Latinoamericano y al Derecho Internacional. Examen realista-crítico*. Tomo I: Conceptos Fundamentales. 1ª edición. San José: Editorial Juricentro, 1986.
- HAMPSHER-MONK, Iain. *Historia del pensamiento político moderno. Los principales pensadores políticos de Hobbes a Marx (A History of Modern Political Thought)*. Traducción de Ferrán Melcr. 1ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- HELD, David. *Modelos de democracia (Models of Democracy)*. Traducción de Teresa Alberó. 1ª edición. Madrid: Alianza Editorial, 1991.
- HERRA, Rafael Angel. *Lo monstruoso y lo bello*. 1ª edición. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1988.
- HINKELAMMERT, Franz. *Las Armas Ideológicas de la Muerte*. 2ª edición revisada y ampliada. San José: Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), 1981.
- \_\_\_\_\_. *Crítica a la Razón Utópica*. 1ª edición. San José: Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), 1984.
- \_\_\_\_\_. *Democracia y Totalitarismo*. 2ª edición. San José: Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), 1990.
- \_\_\_\_\_. *Sacrificios Humanos y Sociedad Occidental: lucifer y la bestia*. 2ª edición. San José: Editorial Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), 1993.
- \_\_\_\_\_. "La inversión de los Derechos Humanos: el caso de John Locke". en: *Revista PASOS*. San José, Costa Rica, número 85, setiembre-octubre de 1999.
- LECHNER, Norbert. "El consenso como estrategia y como utopía". *Revista Zona Abierta*. Madrid, número 29, julio-diciembre de 1983.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. 1ª reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 1994. (Varias ediciones).
- MACPHERSON, C. B. "Locke on Capitalist Appropriation". *Western Political Science Quarterly*. número 4, 1951. (pp. 550-64).
- \_\_\_\_\_. "The Social Bearing of Locke's Political Philosophy". *Western Political Science Quarterly*. número 7, 1954, pp. 1-22.
- \_\_\_\_\_. *La Teoría Política del Individualismo posesivo. De Hobbes a Locke (The Political Theory of Possessive Individualism)*. Traducción de Juan R. Capella. 2ª edición. Editorial Fontanella, 1989.
- MARX, Karl. "Glosas Marginales al Programa del Partido Obrero Alemán". en: MARX, Karl y ENGELS, Federico. *Obras Escogidas*. Tomo III. Moscú: Editorial Progreso, 1978.
- OLIVECRONA, Karl. "The term 'Property' in Locke's Two Treatises of Government". en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Vol. LXI, no. 1, 1975, pp. 109-115.

**286 JOHN LOCKE Y LA DIALECTICA PERVERSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: NOTAS PARA UNA LECTURA CRITICA DEL SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL**

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*. 1ª edición. España: Editorial Mezquita S.A., 1982.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório (et.al.). *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*. 1ª edición. Madrid: Editorial Debate, 1987.

PENNER, J. E. *The Idea of Property in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. "El horizonte actual de los Derechos Humanos: Educación y globalización". en: *Revista Travesías. Política, cultura y sociedad en Iberoamérica*. Universidad Internacional de Andalucía, año 1, nº 1, julio-diciembre de 1996.

POOLE, Ross. "Locke and the Bourgeois State", *Revista Political Studies*. Oxford, Volume XXVIII, nº 2, Clarendon Press, June 1980.

POPPER, Karl. *La Sociedad Abierta y sus Enemigos* (The Open Society and its Enemies). Traducción de Eduardo Loedel. 3ª reimpresión. España: Ediciones Paidós, 1989.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Debate, 1990.

RODRIGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del Pensamiento Jurídico*. Tomo I: "De Heráclito a la Revolución Francesa". 7ª edición. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

ROSE, Carol M. "Possession as the Origin of Property", published in: MENSCH, Elizabeth and FREEMAN, Alan (Editors). *Property Law*. England, Vol. I, Dartmouth, 1992. (Publicado originalmente con el mismo título en: *University of Chicago Law Review*, número 52, 1985).

SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política* (A History of Political Theory). Traducción al español de Vicente Herrero. 17ª reimpresión. Madrid: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1988.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios* (Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien). Traducción de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 1991.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. 6ª edición. London: Unwin Paperbacks, 1987. (Existen varias ediciones en español. Véase, entre otras: *Capitalismo, socialismo y democracia*. Traducción de J. Díaz García. México: Editorial Aguilar, 1961).

SHIMOKAWA, Kiyoshi. "Locke's Concept of Property". Proceedings of the 16th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Reykjavík, 26 may – 2 June, 1993. *Archiv für Rechts- Und Sozialphilosophie*, number 60. Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1995.

SOLAR CAYON, José Ignacio. "Los derechos naturales en la filosofía política de Locke", en: AAVV. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio y FERNANDEZ GARCIA, Eusebio (Directores). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I: "Tránsito a la Modernidad siglos XVI y XVII". 1ª edición. Madrid: Editorial Dykinson S.L., 1998.

SOLAR CAYON, José Ignacio. "Suicidio y Política en John Locke". en: *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*. no. 6, Año III, febrero de 1998.

TIGAR, Michael E. y LEVY, Madeleine R. *El Derecho y el Ascenso del Capitalismo* (Law and the Rise of Capitalism). 4ª edición. México: Editorial Siglo XXI, 1988.

- TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas* (Histoire des idées politiques). Traducción de J. Padraer. 2ª reimpresión de la 5ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1988.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Tomo II: "Del Renacimiento a Kant". 3ª edición revisada y aumentada. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- WALDRON, Jeremy. *The Right to Private Property*. New York: Clarendon Press • Oxford, 1990. (1st published, 1988).
- WATZLAWICK, Paul (Comp.). *La Realidad Inventada. ¿Cómo sabemos lo que creemos saber?*. Traducción de Nérida M. De Machain, Ingeborg S. De Luque y Alfredo Báez. 3ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994. (Previamente publicado en alemán bajo el título *Die erfundene Wirklichkeit*. München: R. Piper GMBH & Co. KG, 1981).
- WATZLAWICK, Paul y KRIEG, Peter (Comps.). *El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo. Homenaje a Heinz von Foerster*. Traducción de Cristóbal Piechocki. 1ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994. (Publicado inicialmente en alemán como *Das Auge des Betrachters. Beiträge zum Konstruktivismus*. München: R. Piper GmbH and Co. KG, 1991).
- WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*. Madrid: Editorial Aguilar, 1971.
- WOOD, Neal. *John Locke and Agrarian Capitalism*. Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1984.

## DERECHOS HUMANOS, INMIGRACIÓN Y ALGUNAS PARADOJAS DEL UNIVERSALISMO

David Sánchez Rubio\*

RESUMEN: Teniendo como hilo conductor el problema de la inmigración en el contexto de la globalización, en este artículo se desvelan algunas de las contradicciones y paradojas en las que incurre el discurso del universalismo proyectado sobre los derechos humanos. Simultáneamente, en el marco de la polémica universalismo/relativismo, se denuncian los efectos negativos de aquellos planteamientos que abordan la realidad de manera dualista y maniquea, exigiendo una toma de posición excluyente y exclusiva por uno de los elementos de cada par de opuestos con los que se interpretan los fenómenos, que en este caso se centra en el discurso de la universalidad y el discurso de la particularidad. Es un error contraponer uno a otro. Desde una perspectiva relacional se entienden y se delimitan mejor los elementos que estructuran a cada uno.

### 1. El Empuje de la Inmigración y su Incomodidad

A cada segundo y a cada instante que pasa, varios grupos de ciudadanos magrebíes y/o africanos están intentando cruzar en pateras el Estrecho de Gibraltar y otros tantos espaldas mojadas hacen lo imposible por traspasar, escondidos, la frontera marcada por el Río Bravo. Lo mismo está sucediendo en otros lugares de enlace entre gentes de países de un Sur que se dice es menos desarrollado y de un Norte que se dice es más desarrollado. Bajo el drama de la huida y la incierta esperanza de llegar a un destino en donde poder obtener mejores condiciones de vida, les espera un mundo que en la mayoría de los casos se presenta bajo el yugo de la frustración. En ese abandono quizá temporal de sus hogares, escapan del ahogo que supone el no poder mantener dignamente ni a sus familias ni a ellos mismos, bien porque están siendo perseguidos por la intolerancia o bien porque el sistema económico de sus naciones dependientes no quiere ni puede atender sus necesidades. Pese a las dificultades y pese a las adversas circunstancias, al actuar de esta manera, están forjando un sendero de lucha con el que romper aquellas barreras que los países de destino les levantan. Así, incluso sin pretenderlo, abren espacios para hacer valer sus derechos y desplazan todo tipo de límites territoriales legitimados bajo la bandera de una exigente nacionalidad que ellos mismos no poseen.

Asombra la manera como desde gran parte de Occidente respondemos a este gran problema de la inmigración. Consideramos que es un asunto ajeno a nosotros que debe ser solucionado en su raíz por los países periféricos. Aquí únicamente autorizamos el número de quienes pueden entrar, repatriando a todos aquellos que no están dentro de

\* Universidad de Sevilla

la cuota legal concedida. Quienes nos consideramos la máxima autoridad valedora de la idea de universalidad reflejada en la figura de los derechos humanos, antes de reconocer que nos encontramos con un problema global que también nos afecta y del cual también en un alto porcentaje somos responsables, que no nos es ajeno y al que debemos buscarle una solución global porque ha surgido por la propia lógica de exclusión de un sistema capitalista que en nuestro propio entorno se controla y se dirige<sup>1</sup>, preferimos cerrar las puertas de nuestras casas que supuestamente exhalan universalidad. Incluso vamos más allá blindando nuestras fronteras para impedir que nuestro discurso emancipador de libertad, igualdad y solidaridad sea reconocido a otros seres humanos que lo hablan con otro acento, con otro tono y lo expresan de una forma diferente.

## **2. Tres Paradojas en el Lenguaje Hegemónico sobre lo Universal**

A través de este intolerable comportamiento, nos topamos con tres grandes paradojas muy interrelacionadas entre sí que no sólo aparecen con el tema de la inmigración. También las encontramos en otras parcelas vinculadas con la convivencia humana, como son el problema del medioambiente, las políticas de guerra -Irak y los Balcanes son claros ejemplos<sup>2</sup>-, los asuntos estratégicos y armamentísticos propios de las relaciones internacionales, la manipulación genética, la idea de desarrollo y las diversas situaciones de exclusión y desigualdad social...

Teniendo de hilo conductor a los movimientos migratorios, la primera nos muestra cómo el discurso oficial es favorable o desfavorable al desplazamiento de personas según beneficie o perjudique a los intereses de determinados grupos que están supeditados funcionalmente a los parámetros que se estructuran dentro del sistema económico capitalista. No priman las razones de justicia ni de dignidad humana, a pesar de que quienes establecen las condiciones de entrada se consideren la máxima expresión del mundo civilizado.

Con la segunda paradoja, se comprueba de qué manera ese mismo discurso se asienta sobre unas premisas de estricta universalidad que son erróneas porque en cada contexto, también en función de motivos de estrategia política e intereses específicos, será más conveniente primar el acento universalista o el acento particularista. Lo mismo sucede con los procesos de globalización. Por un lado se homogenizan determinadas pautas de comportamiento nacidas en un contexto concreto y por otro se rechazan aquellas otras que cuestionan y ponen en peligro el sistema. Esto nos servirá para denunciar más adelante, la trampa que supone dualizar maniqueamente el problema del universalismo y el relativismo.

<sup>1</sup> Ver el magnífico trabajo de BRISSON, Maryse. *Migraciones... ¿alternativa insólita?* San José: DEI, 1997.

<sup>2</sup> En este sentido ver los trabajos de HINKELAMMERT, Franz. "La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke" y el de GUTIÉRREZ, Germán. "Globalización y liberación de los derechos humanos. Una reflexión desde América latina" que aparecen en *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

Finalmente, la tercera paradoja se centra expresamente en la figura de los derechos humanos y en la titularidad exclusiva que un Occidente con ambición hegemónica se otorga para definirlos porque se considera la única autoridad facultada para hacerlo. Si hay que eliminar focos de resistencia y coartar prácticas sociales que expresan otras maneras de reivindicar la dignidad humana, se rechazan. Gracias a esta dualidad se verán algunos de los mecanismos de inversión ideológica que se realizan cuando a costa de defender los mismos derechos humanos concebidos por la cultura occidental, se vulneran y violan.

Las tres contradicciones, evidentemente, se preocupan principalmente de dos cuestiones fundamentales: la una, sobre la polémica entre el universalismo y el relativismo cultural y la otra sobre la figura de los derechos humanos. En ambas aparece un denominador común: que existe un cierto margen de interpretación de estas categorías cuyos sentidos son muy distintos, e incluso opuestos, si la dotación de significados procede del dominio de los poderosos beneficiados por el orden económico y simbólico o tiene su origen en el ámbito abierto por las víctimas del sistema, expresado a través de los movimientos sociales de emancipación y liberación. En uno prima una lógica de exclusión, en la que sólo caben unos pocos; en el otro, predomina una lógica de inclusión en la que todos cabemos.

### **2.1. Primera paradoja. Poder y aparente doble interés**

Empecemos con la primera contradicción o paradoja. Pese a que la historia de la humanidad está llena de migraciones y desplazamientos de grupos humanos que han provocado grandes crisis y, además, tremendas transformaciones dentro de las sociedades receptoras -en su momento también surgidas del impacto intercultural-, ahora resulta que sólo es Occidente como cultura hegemónica quien decide cuándo su gente necesita emigrar y cuándo deben hacerlo los demás.

En su posición de emisor de población emigrante, diremos como ejemplo que ha hecho que América sea testigo durante los siglos XVI, XVII y XVIII de todo un proceso de colonización en su mayor parte iberoanglosajona, en el que en ningún instante hubo impedimento para eliminar, sustituir o desplazar a la población originaria indígena por la nueva población blanca que llegaba. Incluso cuando fue necesario importar mano de obra barata para realizar trabajos forzados, se trajo a la población negra con el estatuto de esclavos como solución. Tampoco tuvieron oposición los colectivos de trabajadores y exiliados europeos cuando en los siglos XIX y XX por razones socioeconómicas y políticas fueron acogidos por los países latinoamericanos ya emancipados. Hasta en estos casos de fuerza mayor y de circunstancias dramáticas en los motivos de sus salidas, no se encontraron con tantas dificultades como las que tienen ahora los desplazados de los países del Sur.

Adquiriendo la posición de receptor de población extranjera, durante la década de los sesenta y los setenta del siglo XX, Estados Unidos y Europa han desarrollado todo un discurso favorable y defensor de la inmigración. Como hacía falta mano de

## DERECHOS HUMANOS, INMIGRACIÓN Y ALGUNAS PARADOJAS DEL UNIVERSALISMO

obra y fuerza de trabajo, la gente de fuera era bienvenida<sup>3</sup>. No obstante, en el instante que cambiaron las circunstancias y se consideró el efecto negativo de su admisión avalado por el auge de la ideología neoliberal, el sentido del discurso cambió. Así se demuestra el rasgo camaleónico y la capacidad de metamorfosis del lenguaje de los gobernantes occidentales. Según la realidad del momento, cambia su orientación de significado hasta tal punto que puede justificarse su contrario si hace falta y sin remordimiento alguno<sup>4</sup>.

Es triste decirlo pero hoy en día esta razón económica de trabajo es el mismo y el único argumento oficial sobre el que se justifica la admisión controlada de la población extranjera. Sólo se acepta la movilidad de personas de acuerdo a las necesidades productivas de los países del Norte. En cambio, como sucede en el presente, cuando la iniciativa sale de los propios pueblos desfavorecidos y no surgen por razones expansionistas sino como consecuencia de la necesidad de buscar la satisfacción de sus necesidades, se paraliza y controla su impulso estableciendo todo tipo de restricciones, aún aquellas que van en contra de la dignidad humana.

El caso es que históricamente siempre ha existido una tendencia del hombre para buscar en otras partes, aquello que le hace falta y no puede conseguir en el sitio que inicialmente habita. Bien para superar los límites establecidos por una naturaleza inclemente o por la saturación provocada por el crecimiento demográfico, bien por la amenaza de guerras o situaciones violentas, incluso por el empuje que supone el deseo de conocimiento y de aventura o bien por la carencia en la satisfacción de las necesidades, la solución y la salida lo han decantado por el desplazamiento a otros lugares<sup>5</sup>. Lo más destacable de todo es que *los movimientos migratorios... son directamente proporcionales, entre otras cosas, al incremento del nivel mundial de miseria, la explotación y el crecimiento de algunos a costa de la mayoría*<sup>6</sup>. Y en estos casos han aparecido y se han desarrollado prácticas sociales con las que se han deslizado y superado los límites de la acción humana, y se ha denunciado el aprovechamiento abusivo que determinados grupos han realizado con respecto a otros. Por tanto, si en los tiempos que corren nos encontramos con 2/3 de la Humanidad en condiciones de pobreza, con personas que hasta mueren por vivir junto a grandes basureros públicos, es que algo grave está sucediendo.

La inmigración es un problema que forma parte de otro más grande. Si hay tanta gente que no puede vivir dignamente es porque el sistema y el orden mundial imperante -con sus actores y sus agentes que actúan en función de sus intereses- tolera, permite y ocasiona situaciones límites de exclusión y marginación social. Como contrapartida y desde diversos frentes hay que saber responder con una lógica contraria, de inclusión y de reconocimiento de todos los sujetos y que, al menos, sepa proporcionar

<sup>3</sup> BRISSON, Maryse. *op. cit.* pp. 98-100.

<sup>4</sup> *Ídem*, pp. 16-18.

<sup>5</sup> *Ídem*, p. 88.

<sup>6</sup> *Ídem*.

los medios con los que poder satisfacer sus condiciones de vida. La inmigración, al igual que la reacción manifestada contra la injusticia de muchos movimientos sociales, deben forzarnos en esta dirección.

Pero está claro que el parámetro de quienes controlan ese orden no es éste. Según los casos y en función de intereses personales y concretos, hay unos cuantos - los privilegiados de los países centrales y la elite de los países periféricos y semiperiféricos- que sí tienen derechos para trasladarse de un lugar a otro sin importar las causas. El resto, que es la gran mayoría, no los poseen, pese a que sea la supervivencia el elemento condicionante de sus desplazamientos. La justificación no es por razones de justicia. Los sujetos, las personas, los seres humanos y sus necesidades de sobrevivencia, de dignidad y de libertad son pura quimera, incluso aparecen como factores que distorsionan el natural discurrir de los acontecimientos que favorece a los poderosos. Es mucho más positivo y mucho más rentable el flujo de capitales que el flujo de personas. Sólo importa éste si genera riqueza. En función de las necesidades del capital y la obtención de mano de obra, unos están dentro y otros quedan fuera<sup>7</sup>. Las razones de equilibrio y competencia que exige el sistema de mercado demarcan los límites de los derechos y el espacio de no derecho de los seres humanos.

## 2.2. Segunda paradoja. Globalización y universalidad

Con relación a la segunda paradoja, el sistema capitalista utiliza un medio muy efectivo para asegurar su funcionamiento: el llamado globalismo, también denominado globalización económica. A través de él, se homogenizan y unifican determinados comportamientos acudiendo para su reforzamiento a otras esferas de lo simbólico y lo cultural con finalidades muy concretas e intenciones muy precisas. Bajo pautas mercantilistas de competitividad, rentabilidad y de eficiencia y modos de vida de carácter ostentoso y consumista, se quiere presentar la realidad de algunos grupos como aquella que viven y deben vivir los demás. De esta manera se gestionan los bienes de la Humanidad a su antojo y siguiendo sus pautas de jerarquización y distribución desigual. Abstrayendo e invisibilizando este tipo de relaciones se extiende bajo el manto de lo natural y de lo cotidiano.

La globalización, con su sistema financiero, sus agentes y sus estrategias de control, se dice, es algo inevitable; no tenemos más remedio que aceptar la unidad global que desarrolla fruto de la fuerza compulsiva de los hechos. Pero posee una dimensión claramente práctica que es resultado de todo un proceso histórico de actualización y habituación recíproca, aunque desigual, entre los seres humanos<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Sobre la racionalidad económica y la prioridad que la lógica de utilidad y de cálculo medio-fin tiene en el mercado, véase HINKELAMMERT, Franz. *El mapa del emperador*. San José: DEI, 1996.

<sup>8</sup> En este sentido ver el planteamiento de Antonio González y la interpretación que realiza de aquellas teorías del nexo social como las de Anthony Giddens y Xabier Zubiri que "descentran" al sujeto en favor de la acción. "Orden mundial y liberación", en *Travesías. Política, cultura y sociedad en Iberoamérica*. n° 1, 1996.

Siendo un localismo que se expande y generaliza por el resto de culturas, la actual sociedad global tiene unos esquemas muy definidos que han surgido de determinados procesos de estructuración fundamentalmente coloniales e imperiales, iniciados con la modernidad<sup>9</sup>.

El acceso a los bienes y a las cosas reales en lo económico, el modo de ejercer el poder en lo político y los subsistemas de sentido que acompañan a las *habitudes* en lo ideológico, están controlados por unos pocos que son quienes construyen la realidad oficial en función de sus intereses y por el conjunto de disposiciones adquiridas con el funcionamiento propio del sistema. Cualquier otra expresión que cuestiona esta forma de interpretar y edificar la existencia, la rechazan.

Por esta razón también el sistema capitalista utiliza otro medio para su afianzamiento: la fragmentación<sup>10</sup> entre aquellos grupos humanos considerados potencialmente más peligrosos para que se enfrenten entre sí y no tengan una visión total desde la que entender los mecanismos de exclusión y manipulación social. Si por un lado se utiliza lo global para imponer determinada perspectiva de las cosas y obligar a todos a que acepten determinados modelos de desarrollo, por otro se articulan instrumentos de separación y división entre quienes salen más perjudicados en ese reparto desigual de los bienes. De ahí que se haga uso de un discurso que, en función del momento, unas veces apuesta por lo aparentemente universal y otras veces por lo estrictamente local y particular, que es origen y raíz de todo el proceso de generalización posterior que se impone. Incluso ambas dimensiones pueden articularse simultáneamente. No sería atrevido por ello afirmar que la globalización es la otra cara de la fragmentación establecida por los señores del poder<sup>11</sup>. En este caso nos encontramos con un tipo de universalidad que no es fruto ni de la conflictiva confluencia intercultural ni de la participación dinámica de múltiples culturas.

Con el problema de la inmigración tenemos un ejemplo significativo. Es cierto que debido al proceso expansionista de Occidente por el mundo, también surgen como reacción identidades defensivas frente a lo que se considera una amenaza. No todas ellas tienen que ser positivas y con un cierto cariz emancipador<sup>12</sup>, pero cuando por razones de necesidad la gente tiene que desplazarse y traspasar las fronteras por situaciones provocadas, en un alto porcentaje, por la aplicación de un pésimo modelo de desarrollo elaborado por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, los siete grandes junto a sus empresas transnacionales, Occidente los rechaza y apela a la dimensión nacional para proteger a sus ciudadanos reconociéndoles sus derechos. Aquellos extranjeros que son considerados inútiles para el mercado ni siquiera son tomados en cuenta.

<sup>9</sup> *Ídem*, p. 79.

<sup>10</sup> BRISSON, Maryse. *op. cit.* pp. 31-32.

<sup>11</sup> *Ídem*.

<sup>12</sup> Véase SÁNCHEZ, David. "Universalismo de confluencia, derechos humanos y procesos de inversión", en Joaquín Herrera (org.), *El vuelo de Anteo. Op. cit.*, pp. 230 y ss.

Esto demuestra el origen local de esta universalidad abstracta que reconoce los derechos de todos los seres humanos por naturaleza y por el simple hecho de nacer. Al haber surgido dicha perspectiva en un contexto histórico determinado -el tránsito a la modernidad y dentro del desarrollo del capitalismo-, los esquemas teóricos y prácticos elaborados en ese momento y cimentados sobre el parámetro del Estado-nación, se aplican y se mantienen con el transcurso del tiempo pese a que hayan cambiado las circunstancias y nuevos problemas hayan aparecido. Por esta razón, *la modernidad ha entendido que las categorías ético-sociales (como justicia, igualdad, derechos, democracia) han de ser aplicadas a las relaciones humanas que tienen lugar en el marco jurídico de un Estado*<sup>13</sup>. El discurso de lo universal queda atrapado por sus mismas premisas ancladas en un ritmo, un espacio y un tiempo distintos a los que en el contexto actual predominan. La dimensión nacional queda superada por la dimensión global, pero como interesa que este universal no sea fruto de distintos procesos de conflictiva confluencia de grupos humanos y culturas distintas, el planteamiento funcional localista cierra el paso a posibles aportes diferentes sobre la manera de construir la universalidad.

En otro sentido, hay quien opina que la globalización supone una usurpación del ideal universalista de la Ilustración y va en contra del ideal de emancipación humana y progreso moral de la modernidad<sup>14</sup>. La lógica del mercado es incompatible con la lógica de los derechos universales de los seres humanos. Aquélla con su ideal de progreso socioeconómico es la que ha vencido, saliendo perdedor el ideal de progreso moral. Su dominio defendido por la ideología liberal es el que ha ignorado el reconocimiento de otras identidades y particularidades<sup>15</sup>, además de haber potenciado la desigualdad y la exclusión social.

No obstante habría que cuestionarse si realmente ha habido tal separación entre ambos ideales de progreso. En nombre de las exigencias formales de un universalismo abstracto se justifica el orden establecido, el reparto vigente de los poderes y los privilegios, utilizándose el propio discurso del estado de derecho, los derechos humanos y la democracia<sup>16</sup>. Ahora bien, estamos hablando de la mediación que la visión abstracta del formalismo ejerce para justificar y legitimar un determinado modo de producción y, además, de concretas y específicas relaciones sociales capitalistas<sup>17</sup>. El formalismo se encarga de dar conformidad normativa al orden socioeconómico instituido. En su manifestación jurídica, la racionalidad formal del derecho camufla y no tiene en cuenta la irracionalidad de las premisas sobre las que

<sup>13</sup> GONZÁLEZ, Antonio. *op. cit.*, p. 71.

<sup>14</sup> LUCAS, Javier de. "Multiculturalismo y derechos", en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y REAL J. A. del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 73-74.

<sup>15</sup> *Ídem*, pp. 74-75.

<sup>16</sup> BOURDIEU, Pierre. *Meditaciones pascalianas*. Barcelona: Anagrama, 1999, p. 97.

<sup>17</sup> Ver el trabajo de HERRERA, Joaquín. "Hacia una visión compleja de los derechos humanos", en *El vuelo de Anteo. Op.cit.*

se sostiene, las propias del mercado, a las cuales quiere delimitar desde su lógica y su coherencia. El progreso moral en este caso está funcionalizado con respecto a los derechos y libertades establecidos por el mercado -libre competencia, propiedad privada, libertad de contratos, obtención del máximo beneficio.<sup>18</sup>

En definitiva, no es cierto que haya una oposición y una separación radical entre lo universal y lo particular. Ambos se coimplican de tal manera que el uno está conformado por el otro. Lo comprobaremos con más claridad en el último apartado. Según el contexto, cada cultura nos dará una o varias versiones distintas y específicas de lo que se considera lo universal. Por tanto existen múltiples formas de construirlo.

### 2.3. Tercera paradoja. Inversión ideológica y negación de derechos

Finalmente, el uso estratégico de la polarización y la fragmentación social que el sistema capitalista realiza nos introduce en la última de las contradicciones que, a su vez, presenta dos facetas. Por un lado, la versión más hegemónica de Occidente se niega a reconocer determinadas prácticas sociales que cuestionan los límites del orden social y cultural vigente. No sólo se trata de debilitar a los grupos humanos dividiéndolos sino que además no se les considera aptos para reivindicar nuevos derechos. Y se llega aún más lejos, porque tampoco se les garantizan los supuestos derechos universales que previamente se han conquistado e institucionalizado. En consecuencia, y como segunda faceta, simplemente por ser diferentes y por perseguir condiciones de vida más dignas, son personas a las que no importa sacrificar. En nombre de determinadas concepciones de los derechos humanos, se establecen condiciones de muerte para quienes no están dentro del marco de protección establecido por el funcionamiento del sistema capitalista. La política que se emplea es aquella que defiende los derechos humanos, a costa de violar la dignidad y la vida de las personas que no se adaptan a la lógica del sistema de mercado a la que están supeditadas.

El problema de no reconocer la capacidad de crear, desarrollar y disfrutar los derechos a determinados grupos humanos está conectado, de alguna manera, con el excesivo peso que se le otorga tanto a lo que se supone fue el momento histórico en el que surgieron los derechos humanos, como al colectivo que también se piensa fue el que los creó. Se afirma que, una vez que nacieron, ya surgieron en su máxima expresión y se dieron para siempre. Mediante procesos de abstracción se han mantenido sus estructuras congeladas para establecerlas como molde y patrón, y se han aplicado sobre otras secuencias espacio-temporales, invisibilizando tanto la dinámica y los conflictos implicados como los nuevos problemas que se han ido presentando.

No vamos ahora a discutir si la idea y la práctica de los derechos humanos sólo y exclusivamente surgieron en el contexto de la cultura occidental, dentro de los

<sup>18</sup> *Idem*. Sobre el peligro de la absolutización del formalismo, véase también, SÁNCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, pp. 245-248.

cambios vinculados con el ascenso de los mercados y los Estados modernos. Tampoco se trata de descartar la posibilidad de que el resto de sociedades y culturas posean concepciones distintas y autóctonas. Menos aún es el momento de entrar en la polémica sobre si sólo la lucha por la dignidad humana que se dio en Occidente se manifestó en forma de derechos humanos y que, si bien es cierto que otras culturas no occidentales poseen tradiciones de lucha por la dignidad, buscaron otros medios para realizarla muy distintos y hasta incompatibles con los derechos humanos<sup>19</sup>. Lo que sí está claro, por lo menos, es que las prácticas sociales realizadas por la burguesía con el tránsito a la modernidad contra los límites impuestos por el sistema tradicional del feudalismo, aportaron toda una filosofía y todo un discurso sobre los derechos humanos, además, de un concreto sistema institucional y jurídico positivo de garantías. Surgieron en un contexto histórico determinado que con posterioridad se ha ido transformando. Pero no hay que quedarse encasillado en la historia y hacer de ella un determinismo.

Si gracias a la burguesía se manifestó una lucha por la libertad y la igualdad contra un sistema que le era adverso, hay que proyectar a otras prácticas sociales y a otros colectivos un esquema análogo de lucha por los derechos, que tenga en cuenta los nuevos contextos y los distintos principios reivindicados. De ahí la importancia que posee una concepción de los derechos humanos que se haga cargo de toda su rica complejidad. Hay que relacionar los derechos humanos con los múltiples procesos dinámicos de confrontación de intereses que pugnan por ver reconocidas sus propuestas partiendo de diferentes posiciones de poder. No hay que abstraer ni los conflictos de intereses ni las circunstancias espacio-temporales. Además, los derechos humanos entendidos como práctica social, como expresión axiológica, normativa e institucional que en cada contexto abre y consolida espacios de lucha por una vida más digna<sup>20</sup>, no se reducen a un único momento histórico y a una única dimensión jurídico-procedimental y formal.

Es esta la perspectiva que Ignacio Ellacuría trata de transmitirnos con la contraposición que realiza entre la idea de libertad desde la *liberación* de las mayorías oprimidas y la idea de libertad desde la *liberalización* propia del liberalismo. Cuando la burguesía revolucionaria comenzó en el siglo XVIII a negar el estado de cosas dominante que consideraba injusto, empezó a objetivar sus aspiraciones y preferencias en todos los niveles posibles, hasta culminar con la objetivación institucional de sus derechos o libertades. Lograron, desde sus aspiraciones particulares, convertirlas en universales tras un proceso social de superación de las privaciones con las que se encontraban<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Para una mayor profundización sobre todo esto, véase DONNELLY, Jack. *Derechos Humanos universales: en teoría y en la práctica*. México: Edic. Gernika, 1994, pp. 13, 79 y ss.

<sup>20</sup> HERRERA, Joaquín. *Ídem*.

<sup>21</sup> Para ELLACURÍA, Ignacio, las *liberties* son el resultado de complejos procesos de liberación. Ver su "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", en *ECA*. n° 502, 1990.

El problema apareció en el momento que otros grupos o clases sociales cuestionaron esas mismas estructuras institucionales elevadas a universalidad, porque consideraban que les marginaban, les alienaban, no atendían a sus demandas. Se intentaron nuevos procesos de lucha, similares a aquellos que posibilitaron las conquistas de los derechos y las libertades de la burguesía. Pero se les impidió desarrollarlos, se les cerró la posibilidad de que sus necesidades y sus valores pudieran objetivarse institucionalmente, sin ser garantizados por las Constituciones o por las Declaraciones Internacionales<sup>22</sup>.

De esta forma, las luchas liberales, aunque fueron fruto de un proceso de liberación, al final hicieron de él un camino para preservar la libertad de unos pocos, no para conseguir la de todos. La mera expansión de las libertades sólo pudo ser recorrida por un grupo minoritario y no se permitió ni la distribución social de las condiciones reales para su ejercicio ni la posibilidad de abrir nuevos focos de resistencia.

Esto es lo que actualmente viene pasando con los actuales procesos de globalización neoliberal y de democratización formal. La lógica de la acumulación del mercado, además, anula el papel activo de las personas. En cambio, a través del reconocimiento del papel tan importante que poseen los procesos de lucha, se permite abrir posibilidades para objetivar y generalizar las demandas populares y, con ello, protege y garantiza los derechos y las libertades que se reclaman. *La auténtica lucha por la libertad exige la transformación de aquellas condiciones reales que impiden o dificultan al máximo la libertad sociopolítica y económica de la mayor parte del pueblo*<sup>23</sup>.

La libertad asociada al concepto europeo de liberalismo es restrictiva, pues excluye a quienes no forman parte de su entorno cultural. Básicamente, el prejuicio o el error en el que incurre Occidente es que reduce la capacidad de crear, desarrollar y disfrutar derechos a determinados grupos humanos, negando la posibilidad de su disfrute a otros grupos humanos. Y si la comparte, lo hace delegativamente, como un bien ya obtenido que concede a otros. Detenta el monopolio de la libertad, de la igualdad y de la dignidad, de lo que significan y cómo se disfrutan. Y no sólo eso, sino que también impide que se abran nuevos procesos con los que poder reinterpretar los valores humanos y conquistar nuevos derechos.

Retomando el argumento y siguiendo dentro del ámbito interno de la cultura occidental, sería un error pensar que las mismas condiciones del pasado en que surgieron los llamados derechos individuales, permanecen en la actualidad y que

<sup>22</sup> En este sentido ver HERRERA, Joaquín. "La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest", en *Los derechos humanos*. Córdoba: ETEA, 1995, pp. 42 y 43; y SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio. *Ignacio Ellacuría y los derechos humanos*. Bilbao: Desclée de Brouwer, pp. 168 y ss.

<sup>23</sup> ELLACURÍA, Ignacio. "En torno al concepto y la idea de liberación", en *Implicaciones sociales y políticas de la teología de la liberación*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1989, p. 99.

nada ha cambiado desde entonces<sup>24</sup>. En el interior del propio desarrollo del sistema capitalista, una vez que triunfó la clase burguesa y subió al poder, fueron apareciendo otros colectivos humanos que sufrían otras situaciones de explotación y marginación social. Reaccionaron a su manera, con sus propias especificidades -p.e. la clase obrera, las mujeres, los negros...- En la nueva y actual fase de desarrollo del sistema capitalista está sucediendo lo mismo con otros movimientos de emancipación, entre ellos el de los inmigrantes.

El fenómeno de la inmigración es una manifestación de la respuesta que las gentes del Sur adoptan ante una situación límite de pobreza y exclusión. Luchan no ya sólo por la libertad y la igualdad, sino, sobre todo, por la vida y por una sociedad en la que todos quepan<sup>25</sup>. Pero como ponen en peligro el orden de convivencia de los países del Norte, suponen una amenaza que hay que controlar. Se amortiguan entonces sus acciones eliminando y echando para atrás cualquier conato de resistencia. Lo mismo sucede con otras actuaciones que desempeñan algunos colectivos humanos como comunidades, pueblos, asociaciones, movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales. Con sus actuaciones se afirma que no están reivindicando ningún tipo de derechos, ni los ya consagrados ni unos nuevos. Además, si hace falta eliminarlos, se les eliminan. Únicamente se toleran aquellos comportamientos que son afines a la lógica del sistema. Aquí nos encontramos con la segunda faceta de la última paradoja.

El problema fundamental de este mecanismo de extrema exclusión radica en la lógica hegemónica que subyace detrás, y que es un ejemplo más, de la tendencia que Occidente tiene para hacer sacrificios humanos justificándolos<sup>26</sup>.

Cuando la burguesía se hizo con las riendas del poder no tuvo reparo alguno en enfrentarse al mundo entero para colonizarlo y someter a todo aquel que le salía al paso. En nombre de la ley absoluta del mercado destruyó a las sociedades preburguesas. A las que todavía no lo eran, les declaró guerras justas considerándolas en rebeldía porque iban en contra de las normas establecidas por el mercado<sup>27</sup>. Todo colectivo,

<sup>24</sup> El condicionamiento que ese momento originario ha tenido con posterioridad, se refleja en la propia visión generacional de los derechos humanos. Sólo los derechos individuales considerados de primera generación -y que no todos poseen el privilegio de disfrutarlos- son los que mayor nivel de protección tienen. El resto de generaciones quedan por detrás, son secuenciales, vienen después, por etapas y, sobre todo, al ser de peor calidad pueden ser sacrificados a costa de los primeros. Lo estamos viviendo actualmente con los derechos sociales y su vulneración permanente con motivo de la ideología liberal y las políticas de ajuste estructural. También lo comprobamos con las dificultades que tienen los de tercera generación para afianzarse. Como históricamente ya se dieron y se delimitaron los derechos del individuo, es imposible que puedan aparecer otros tipos nuevos o con el mismo rango institucional. Sobre la perspectiva generacional de los derechos humanos, ver PISÓN, José Martínez de. *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*. Zaragoza: Egido Editorial, 1997, pp. 174 y ss. y PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Tercera generación de los derechos humanos", en THEOTONIO, Vicente y PRIETO, Fernando (coords.). *Los derechos humanos, una reflexión interdisciplinaria*. Córdoba: ETEA, 1995, pp. 110 y ss.

<sup>25</sup> BRISSON, Maryse. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>26</sup> En este sentido véase HINKELAMMERT, Franz. *Sacrificios humanos y sociedad occidental: Lucifer y la Bestia*. San José: DEI, 1998.

<sup>27</sup> HINKELAMMERT, Franz. *idem*, pp. 136-137 y su trabajo acerca del pensamiento lockiano que aparece en este libro..

todo grupo y toda persona que no aceptara sus pautas de comportamiento, no eran dignos de representar a la civilización. Asimismo, los seres humanos en general se supeditaron a ellas y el sujeto concreto y corporal que siempre había cuestionado al poder, es eliminado para ser sustituido por el individuo con facultades universales pero condicionadas a las relaciones utilitarias de la economía. Como ya no es sujeto que cuestiona el sistema, *no tiene derechos sino en y a través del mercado*. En el momento que se rebela como tal e intenta oponerse a su lógica, es declarado culpable y se le declara la sentencia de muerte. La pena se ejecuta con la máxima frialdad<sup>28</sup>.

Simultáneamente a esa aspiración burguesa del mercado total, en el que sólo rige su ley, han ido apareciendo distintas reivindicaciones por la emancipación humana. Históricamente, siempre han aparecido grupos humanos que se han levantado y han resistido frente a distintas y diversas expresiones del poder. Se trata de múltiples luchas de resistencias con vidas efímeras o más o menos duraderas, cuyas reclamos han tenido finales dispares, con mayores o menores logros y con éxitos de distinto grado de objetivación e institucionalización. Cualquier manifestación popular frente a cualquier manifestación del poder que coarta y ahoga algún aspecto de la dignidad humana en permanente proceso de construcción, ha sido y puede ser un foco importante que tenga algo que aportar a la idea de derechos humanos. En este caso, dentro del capitalismo aparecen respuestas al sojuzgamiento por el automatismo del mercado que reivindican una subjetividad que les es negada. Múltiples movimientos de resistencia que acompañan las distintas fases de desarrollo del capitalismo lo cuestionan.

La reacción de los poderosos y de los beneficiados por el sistema, es clara: los enfrenta como su peor enemigo, y se lanza contra ellos, creando un mortal mecanismo de inversión. Para quitárselos de en medio y justificar el acto de su eliminación, se proyectan sobre ellos las imágenes y los adjetivos más negativos y rechazables posibles. Se les inferioriza su calidad humana, diabolizando y demonizando su condición. No son seres humanos, sino animales voraces, bestias carniceras que no son dignas de vivir y que cuestionan el orden y el respeto de los derechos humanos establecidos. Pese a que múltiples colectivos reivindiquen mayores niveles de participación, más justicia, más libertad y más igualdad, son tratados como monstruos sobre los que hay que ejercer cualquier tipo de violencia para que por fin desaparezcan de la faz de la tierra. De víctimas pasan a ser victimarios.

El resultado final que se pretende es que, al no haber más bestias, ya no hará falta matar a ninguna más. Los derechos y la sociedad están finalmente seguros. Los desproporcionados medios utilizados se legitiman porque quien detenta el poder, se apropia incluso del discurso de los derechos humanos para poder condenar los actos de sus enemigos. Curiosamente, acaba haciendo lo mismo que condena, es decir, acusando a otros se justifica la ejecución sobre ellos, en tanto oponentes demonizados,

<sup>28</sup> *Idem*.

de los mismos comportamientos de animales que supuestamente realizan. Por tanto, resulta que todos *estos monstruos son desarrollados y presentados en nombre de los derechos humanos, o en nombre de la lucha contra ellos*. En otras palabras, que toda práctica que es expresión de una lucha por la dignidad humana, todos los valores de la convivencia humana, todo humanismo, todo universalismo ético emancipador son una amenaza contra la cual hay que pelear. Y esto se hace en nombre tanto de las relaciones sociales de producción interpretadas como sociedades perfectas, como de los derechos universales que le son funcionales. En realidad quienes ven como monstruo a su enemigo, está proyectando sobre él su propia monstruosidad<sup>29</sup>.

Concluyendo, resulta que, de nuevo en ambas facetas, se utiliza la misma lógica localista y funcional de la universalidad de los derechos humanos para negarles a quienes intentan abrir parcelas y espacios de lucha por una vida más digna, su posibilidad de acción y el ser sujetos de derechos. Quienes reaccionan y actúan así, demuestran la hipocresía y la falsedad de su discurso, el doble rasero que utilizan en función de sus propios intereses y según les convenga. Están dispuestos, si hace falta, a no reconocer derechos o impedir su posibilidad de ejercerlos, incluso si es necesario, a sacrificar a seres humanos que ponen en peligro el orden jerárquico establecido.

### 3. La Relación Universalismo/Particularismo

Una vez vistas las tres paradojas o contradicciones, a continuación vamos a profundizar un poco más en el conflicto universalismo/relativismo. Se señalarán algunos de los errores que conlleva el enfrentamiento posicional dualista y maniqueo entre ambas dimensiones. Sólo abordando el problema desde una perspectiva relacional, se podrá avanzar en la comprensión y en la solución de los problemas que se presentan.

Raimon Panikkar, en *La intuición cosmoteándrica*, destaca un deseo común a todos los seres humanos. Parece como si en nosotros el esfuerzo por la unidad, por apoderarnos y hacernos dueños de la realidad, fuera una parte constitutiva de nuestra naturaleza. Desde el punto de vista cultural, cada forma de vida, cada visión del mundo tiene una legítima e integral pretensión de conseguir la verdad y, por ello, de universalidad<sup>30</sup>.

Paralelamente a esta aspiración de unidad, en el ámbito de las relaciones humanas, todas las sociedades tienden a acercarse y a aglomerarse; y todos los pueblos tienen tendencia también a la asimilación y a la socialización<sup>31</sup>. En su aventura por conseguir la plenitud, cada comunidad desde su particularidad se confronta con las particularidades y plenitudes de otras comunidades. En ese encuentro se definen mejor los límites de sus distintas pretensiones, y del conflicto surgen diferentes procesos hegemónicos y contrahegemónicos de imposición, intercambio y trasvase cultural.

<sup>29</sup> *Ídem*, pp. 161 y 193.

<sup>30</sup> *La intuición cosmoteándrica. Las tres dimensiones de la realidad*. Madrid: Trotta, 1999, p. 117.

<sup>31</sup> *Ídem*, p. 25.

## DERECHOS HUMANOS, INMIGRACIÓN Y ALGUNAS PARADOJAS DEL UNIVERSALISMO

También en el ámbito interno de una cultura sucede lo mismo. Las clases, los grupos y los diversos colectivos sociales se enfrentan contra las visiones unitarias y monolíticas de quienes poseen la hegemonía. Además, los modos culturales son un ejemplo de las diversas interpretaciones y actualizaciones que hay en el seno de una misma cultura<sup>32</sup>.

Dentro de estos espacios de confluencia de identidades interculturales e intraculturales se comprueba que el binomio universal/particular puede ser tratado como relación. Ya se anticipó que de la misma manera que la universalidad es un modo para tratar la particularidad, la particularidad es un modo para tratar la universalidad. Ambas se coimplican, son ambivalentes<sup>33</sup>.

En este sentido, lo particular es un concepto esencialmente relacional porque presupone la totalidad social e intersocial dentro de las cuales las particularidades se constituyen. De igual forma, *lo universal sólo puede emerger a partir de lo particular ya que es sólo la negación de un contenido particular lo que transforma ese contenido en el símbolo que lo trasciende*<sup>34</sup>. De ahí que el problema no haya que enfocarlo maniqueamente. El dualismo unidad/pluralidad hay que dirigirlo hacia esa y que los une, en el marco y en los contextos donde se dan sus antagonismos y sus vínculos<sup>35</sup>. Por eso sería más acertado hablar de *universalidad y particularidad desde la relatividad* en cuanto implica una conciencia relacional. Nada tiene un sentido ni un significado independientemente de un contexto delimitado<sup>36</sup>.

### 3.1. Dos versiones contrapuestas

Múltiples han sido las formas como se ha enfocado este difícil binomio<sup>37</sup>. La más común es aquella posición que defiende la existencia de una línea divisoria, opuesta e incontaminada entre el universalismo cimentado en el ser humano en tanto individuo, y el relativismo o particularismo edificado sobre la comunidad<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Ver PANIKKAR, Raimon. *El espíritu de la política*. Barcelona: Península, 1999, pp. 44-45.

<sup>33</sup> Ver DONATI, Pierpaolo. "Lo postmoderno y la diferenciación de lo universal", en GINER, Salvador y SCARTEZZINI, Ricardo (eds.), *Universalidad y diferencia*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 126. El autor distingue el binomio absoluto/relativo, que no es reversible porque bloquea posibles alternativas y relaciones, del binomio universal/particular que sí lo es.

<sup>34</sup> Véase LACLAU, Ernesto. *Emancipación y diferencia*. Buenos Aires: Ariel, 1996, pp. 30-34.

<sup>35</sup> *Ídem*, pp. 33-34; y PANIKKAR, Raimon. *La intuición...*, p. 24.

<sup>36</sup> PANIKKAR. *Ídem*, p. 33.

<sup>37</sup> En este sentido véase PANIKKAR, Raimon. *Ídem*, pp. 27 y ss.; LACLAU, Ernesto. *Op. cit.* pp. 46 y ss.; DONNELLY, Jack. cit. p. 165 y ss.; y ETXEBERRIA, Xabier. "Los derechos humanos: universalidad tensionada de particularidad", en *Los derechos humanos, camino hacia la paz*. Zaragoza: Gobierno de Aragón, 1997, pp. 91 y ss.

<sup>38</sup> Ver el libro de SEBRELI, Juan José. *El asedio a la modernidad. Crítica del relativismo cultural*. Barcelona: Ariel, 1992, ejemplo claro de quien considera que sólo desde el liberalismo se puede concebir lo universal. Es incomprensible ver la ceguera de este autor que ignora que, incluso desde posiciones relativistas, también se puede estructurar la universalidad.

La versión más proclamada del primero es el ideal de derechos humanos occidental basado en los derechos asignados al ser humano y que le pertenecen por el mero hecho de serlo. Tienen su origen en su naturaleza, son previos a los contextos socioculturales donde se encuentra y, además, son superiores a la sociedad y al estado. La autonomía del individuo y su suprema dignidad exige que la comunidad esté organizada por la suma de hombres libres<sup>39</sup>. Sobre estos elementos se establecen unos criterios universales con los que se pueden enjuiciar y valorar éticamente a todas las culturas.

La interpretación del particularismo más aceptado postula el enraizamiento inevitable de los seres humanos en una memoria, en una cultura y en una historia colectiva particular que son las condiciones decisivas de su identidad. La postura más radical apuesta por la inconmensurabilidad intercultural: cada comunidad posee sus propias concepciones del mundo y su propio código ético, y no puede medirse con los criterios de otra comunidad. No es posible establecer un marco universal de enjuiciamiento para valorar las actuaciones, los hábitos y las costumbres de todas y cada una de las culturas. Todas poseen el mismo rango axiológico<sup>40</sup>.

Junto a los defectos señalados más arriba por las tres paradojas, a este universalismo del individuo se le reprochan otros más: en primer lugar, la acentuación de la importancia del individuo abstracto implica una homologación que vacía las identidades y una total despreocupación por las diferencias. En segundo lugar, también abstrae los contextos y los procesos históricos donde se desenvuelven las personas<sup>41</sup>. En tercer lugar, ambas abstracciones son expresión de un localismo hegemónico y expansivo -encarnado inicialmente en el individuo occidental varón, blanco, empresario y propietario- que destruye al resto de culturas y, al aplicarse, deja fuera de sus derechos a la mayoría de la población -mujeres, homosexuales, negros, pobres...<sup>42</sup>- Finalmente, implica un universalismo ficticio porque ejerce todo un monopolio sobre el acceso a las condiciones socioeconómicas con las que se puede llegar a lo universal<sup>43</sup>.

En cuanto al particularismo radical, entre otras cosas se le critica el hecho de que cuando valora de la misma manera a todas las culturas, lo hace ya desde un criterio universal de respeto a todos los grupos particulares<sup>44</sup>. También al supeditar al individuo libre y autónomo a las normas y los hábitos dictadas por la comunidad, se le está anulando su capacidad de decidir libremente y rebelarse frente a las injusticias cometidas por la colectividad. Además, excluye criterios para contrastar y distinguir

<sup>39</sup> Ver DONNELLY, Jack. *op. cit.* pp. 23, 34 y 39-40; ETXEBERRIA, Xabier. *Ídem.* p. 94; y SOUSA SANTOS, Boaventura de. "Por una concepción multicultural de los derechos humanos", en *Memoria*. Bogotá: IOL, p. 46.

<sup>40</sup> ETXEBERRIA, Xabier. *Ídem.* p. 90.

<sup>41</sup> Antonio Enrique Pérez Luño presenta tres tipos de críticas al universalismo en "La universalidad de los derechos humanos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*. tomo XV, 1998, pp. 98-102.

<sup>42</sup> ETXEBERRÍA, Xabier. p. 94.

<sup>43</sup> BOURDIEU, Pierre. *Meditaciones...*, pp. 90 y 96-97.

<sup>44</sup> ETXEBERRIA, Xabier. *Op. cit.* p. 90 y LACLAU, Ernesto. *Op. cit.*, p. 89.

las sociedades totalitarias de las sociedades democráticas<sup>45</sup>. Finalmente, la esencialización de la comunidad, la etnia, la raza o la nación, es fuente de marginación y discriminación de todo aquello que queda fuera de su círculo de pertenencia. Se conforma un “nosotros” excluyente frente a los otros despreciados<sup>46</sup>.

Decantarse por una de las dos posiciones y aceptar que sólo ambas tienen una relación maniquea y de oposición, sin que tampoco puedan existir otras opciones y otras formas de abordar el binomio, conlleva más despropósitos que aciertos. Al final el gran perjudicado es el complejo mundo humano, compuesto de múltiples variables y elementos. Las dos posturas dogmatizan y ontologizan sus puntos de vista y reducen la riqueza humana.

En este sentido, se incurre en los mismos errores señalados por un conocido proverbio complementado: *cuando el dedo señala el sol, el tonto mira el dedo... Pero más tonto sería si mirara al sol, pues se quedaría ciego*<sup>47</sup>. Ser tontos o ciegos vendría a ser el marco dentro del que se mueven quienes defienden tanto una idea de universalidad expansionista y excluyente, como una idea de particularidad cerrada e incomunicada. O bien se tropiezan por mirar a lo lejos sin observar la tierra que se pisa o bien se chocan contra cualquier objeto, árbol, farola o muralla, por enfocar sus ojos abajo, sólo atendiendo a los pies. En ambos casos, se incurre en determinados procesos de absolutización y abstracción, moviéndose como Alphas, Betas, Gammas o Epsilones en busca de soma en un mundo infeliz y cerrado.

Si por un lado estamos frente a un universalismo ciego, que como una supernova invade con su luz a otras estrellas, en el segundo caso nos encontramos con un particularismo absoluto y desorientado, que como un agujero negro invertido y estático, no asimila y se aísla de todo cuanto pasa a su alrededor. El primero es un cierre en expansión continua, el segundo un cierre en contracción permanente que niega los ineludibles vasos comunicantes interculturales. Los dos, por separado, son tontos, uno porque mira sólo al sol y el otro porque mira sólo al dedo.

Con una mirada más atenta comprobamos que no sólo hay otras opciones, sino que, siguiendo una línea relacional, también hay ciertos puntos intercambiables, reversibles y coincidentes entre estos universalismos y particularismos enfrentados. Señalemos algunos:

1. Si el particularismo conlleva un criterio de universalidad -aquél que respeta todas las culturas por igual-, el universalismo, bien al rechazar o al aceptar ese mismo criterio o principio, está reconociendo que existen otras pretensiones de generalidad y universalidad, al menos una más diferente a la suya -que apuesta por la universalidad de los derechos del individuo por encima de la comunidad-.

<sup>45</sup> Son criterios deducidos de las incompletudes que para Boaventura de Sousa Santos presentan las culturas musulmana e hindú. *Op. cit.* pp. 49-50.

<sup>46</sup> Ver HERRERA, Joaquín. *op. cit.*

<sup>47</sup> En Subcomandante Marcos. “Encuentro intergaláctico”. *Ajoblanco*, n° 4, 1997, p. 6

2. En tanto que es visto como un conflicto entre universales, surge el paradójico efecto de que ambos se relativizan. El uno hace que el otro aparezca como un etnocentrismo con máscaras universalistas<sup>48</sup>.

3. Además de que uno reivindica lo que el otro rechaza, los dos abstraen, eliminan y/o anulan algunos elementos de la realidad social: los contextos internos y/o externos, las identidades y las diferencias, la capacidad de respuesta de los individuos, las prácticas sociales, los sujetos colectivos...

4. Presentan un peligro de generar procesos destructivos contra el ser humano y la comunidad. Tal como indica el propio Ricardo Scartezzini, el universalismo y el relativismo pueden justificar ideas jerárquicas, no igualitarias y antidemocráticas<sup>49</sup>. Implican lógicas de exclusión.

5. Por último, lo ideal nunca es absolutamente perfecto en lo real. En la práctica es imposible tanto un universalismo como un particularismo plenos, definitivos y completos. Si existieran uno u otro en la realidad, no habría ningún tipo de referente. En parecido sentido, Boaventura de Sousa Santos señala que *si cada cultura fuera tan completa como se juzga, existiría solamente una cultura única*<sup>50</sup>. Es más, tal como arriba mencionamos, no existe una cultura en estado puro porque como manifestación dinámica de la realidad humana que es, sólo pervive en el marco de una comunicación y un espacio de permanente conflicto y confluencia de sentido intercultural<sup>51</sup>. Las culturas se van construyendo mutuamente y son resultado de múltiples cruces e intercambios.

<sup>48</sup> SCARTEZZINI, Ricardo. "Las razones de la universalidad y de la diferencia", en *Universalidad y diferencia*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 27.

<sup>49</sup> *Ídem*, p. 23.

<sup>50</sup> Ver SOUSA SANTOS, Boaventura de, *op. cit.* p. 48.

<sup>51</sup> Ver MIREN, Fernando. *Civilidad. Teoría política de la postmodernidad*. Madrid: Trotta, 2001, p. 112.

## ELEMENTOS PARA O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO PELOS TRABALHADORES

Luis Felipe do Nascimento Moraes\*

### 1. Introdução

O presente estudo está estruturado em pesquisa realizada na Universidade de A Corunha (Espanha) onde concluímos nossos estudos de doutorado<sup>1</sup>. Desta forma, grande parte do material analisado (Leis, Doutrina e Jurisprudência) provém daquele país, porém, advertimos, que isto não é óbice para que o exame da questão estenda-se aos demais países ibero-americanos, tendo em vista a atualidade do tema e, principalmente, que aqui como ali, superou-se a duras penas, um certo rechaço a adaptar os conceitos constitucionais ao contrato de trabalho<sup>2</sup>. Hoje, sem embargo, entende-se que a liberdade de expressão ou o direito à informação como instrumentos jurídicos que permitem aos trabalhadores exercitarem a crítica ou a denúncia sem sair da proteção que a doutrina constitucional oferece aos direitos fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho; sendo denominados inclusive como *direitos constitucionais laborais inespecíficos*, que “são direitos atribuídos com caráter geral aos cidadãos, que são exercidos no seio de uma relação jurídica trabalhista pelos trabalhadores e, portanto, convertem-se em verdadeiros direitos trabalhistas em razão dos sujeitos e da natureza da relação jurídica.”<sup>3</sup> Em todo caso, tal exercício está submetido a luz dos critérios informadores da relação contratual trabalhista, que é o que passamos a examinar.

\* Universidade Federal do Paraná, Universidade da Região de Joinville. (lumo@b.com.br)

<sup>1</sup> Desta forma as abreviaturas usadas são em sua maioria referentes a leis e jurisprudências espanholas, tais como: BOE, Boletim Oficial Espanhol; CE, Constituição Espanhola; CP, Código Penal; ET, Estatuto dos Trabalhadores; LCT, Lei do Contrato de Trabalho; LIC, Lei de empresas de dimensão comunitária; STC, Sentença do Tribunal Constitucional; STCT, Sentença do Tribunal Central do Trabalho; STS, Sentença do Tribunal Supremo; STSJ, Sentença do Tribunal Superior de Justiça.

<sup>2</sup> Cfr. REY GUANTER, S. “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, *RL* núm. 3, 1995, pp. 64 e ss. MOLINA NAVARRETE, C. “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales”, *Rev. de Trabajo y Seguridad Social* núm. 3, 1991, p. 64; VALDES DAL RE, F. “Poderes del empresario y derechos de la persona”, *La Ley* núm. I, 1990, p. 290; RODRIGUEZ PIÑERO, M. “La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo”, *TL* núm. 1, 1984, p. 57 e FERNANDEZ LOPEZ, M. “El deber de sigilo de los representantes del personal”, *AL* núm. I, 1992, p. 131.

<sup>3</sup> Cfr. PALOMEQUE LOPEZ, M. *Los derechos laborales en la Constitución Española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 31. Cabe destacar que a própria OIT em sua “Declaração relativa aos princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (86ª Conferência Geral de 1998)” assume a existência de *Direitos socio-laborais fundamentais*, ao respeito, cfr. BONET PEREZ, J. *Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, pp. 37 e ss.

## **2. As Causas que Catalisaram a Aplicação Generalizada dos Direitos Constitucionais Laborais Inespecíficos**

Sintetizamos em cinco as causas que serviram de elementos de avaliação às decisões jurisprudenciais no âmbito trabalhista e que, simultaneamente, podem ser consideradas como agentes dinamizadores do exercício do direito de crítica ou denúncia do trabalhador: 1) o fato irrefutável de que a prestação do trabalho não absorve a personalidade do trabalhador<sup>4</sup>; 2) o novo enfoque sobre o dever de lealdade do trabalhador que sufocava os direitos fundamentais do mesmo, pois, como é notório, há hoje um princípio de boa fé contratual mútua entre as partes de um contrato de trabalho, que “humanizou”<sup>5</sup> e democratizou as relações trabalhistas; 3) as características próprias do contrato de trabalho, que implicam, potencial ou efetivamente, importantes limitações a numerosos direitos fundamentais<sup>6</sup>, tais características geram um movimento contrário que busca as matizações necessárias à aplicação dos preceitos constitucionais; 4) o maior contato do trabalhador com o cliente da empresa que pode ser uma fonte – justificada ou não – de limitação de direitos fundamentais do obreiro<sup>7</sup>; e 5) o crescente protagonismo da liberdade de expressão e comunicação no âmbito laboral como medida autônoma de pressão, em virtude do papel transcendental dos meios de comunicação e da opinião pública na sociedade.<sup>8</sup>

## **3. Os Limites Internos e Externos à Liberdade de Expressão e o Direito à Informação no Âmbito Trabalhista**

Ainda que tenha-se um novo enfoque no exercício de direitos fundamentais no Direito do Trabalho, cabe anotar que os direitos fundamentais não são ilimitados<sup>9</sup> tendo em conta a necessidade de harmonização com outras liberdades reconhecidas e protegidas pelo ordenamento jurídico. Os principais limites internos, são: a veracidade, o dever de diligência na averiguação da notícia e a relevância pública do comunicado. Já os principais limites externos são: o princípio de boa fé contratual, o dever de segredo, a honra da empresa e do empresário e o interesse empresarial. Existem também outros

<sup>4</sup> Cfr. RIVERO LAMAS, J. *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1986, p. 91.

<sup>5</sup> Expressão utilizada no Direito alemão, como indica REY GUANTER, S. *Derechos ...*, op. cit., p. 29; em todo caso, no Direito espanhol a aplicação dos direitos constitucionais origina uma re-interpretação das obrigações contratuais à luz constitucional, vid. STC 129/1989, de 17 julho.

<sup>6</sup> Neste sentido, cfr. RIVERO LAMAS, J. op. cit., p. 14.

<sup>7</sup> Sobre o tema vid. uma STCT de 12 março 1985 (RTCT 1796).

<sup>8</sup> No Direito inglês se ocorre uma filtração de informações empresariais para a imprensa, o empresário pode pedir à justiça uma ordem para que se revele a fonte da notícia, vid. *Camelot Group v. Centaur Communications Ltd* em SELWIN, N. *Selwin's law of employment*. 10ª. ed. London: Butterworths, 1998. p. 226.

<sup>9</sup> Vid. uma STC 105/1990, de 6 junho.

limites, que excedem o marco do presente estudo, como pode ser os limites que impõe a intimidade, que apenas serão mencionados. Em todo caso, assinalamos que estes limites às liberdades públicas devem ser interpretados de forma restritiva buscando, assim, uma máxima eficácia no seu exercício.<sup>10</sup>

Examinaremos, ainda que brevemente, todos estes limites, porém, primeramente, cabe afirmar, de forma geral, que a liberdade de expressão esta relacionada com a crítica, assim como o direito à informação está relacionada com as denúncias de irregularidades e anormalidades empresariais. A forma para distinguir tais direito que devido a sua natureza podem confundir-se, será através dos seus respectivos elementos preponderantes.<sup>11</sup> De tal sorte que, a liberdade de expressão tem como limites as expressões injuriosas e desnecessárias para o fim ao que se propõe, que é o de difundir uma opinião ou juízo de valor. O direito a informar, que também pode incluir esta limitação no seu rol de restrições, possui uma limitação que o faz menos amplo que a liberdade de expressão, que é o requisito da veracidade dos fatos ou, como mínimo, o dever de diligência em investigar a veracidade dos mesmos.<sup>12</sup>

a) A veracidade e o dever de diligência na averiguação da notícia: a informação veraz assume na jurisprudência a noção de informação certa, autêntica e comprovável através da contrastação, verificação e, se possível, a obtenção de provas por parte do informador. Na prática jurisprudencial, basta com um início significativo de diligência<sup>13</sup>, requisito que nos parece por demais amplo por parte da doutrina constitucional e não serve para separar ao informador responsável do difamador<sup>14</sup>, porém isso fundamenta-se com a constatação de que ao exigir a veracidade absoluta do fato a única garantia para tal segurança jurídica seria o silêncio<sup>15</sup>. Em todo caso, o direito a comunicar ou receber informação veraz por qualquer meio de difusão fixado no art. 20.1. d) da Constituição Espanhola (CE)<sup>16</sup> engloba todo o processo informativo, isto é, recolher,

<sup>10</sup> Vid. uma STC 20/1990, de 15 fevereiro.

<sup>11</sup> Disse uma STC 04/1996, de 16 janeiro, que: "É certo que, nos casos que a vida oferece, não é fácil separar a expressão de pensamentos, idéias e opiniões da estrita comunicação informativa. O que aconselha, nos supostos em que podem aparecer misturados elementos de uma e outra significação, atender para qualificar tais supostos (...), ao elemento que neles aparece como preponderante"; AGUILERA FERNANDEZ, A. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información – Posibilidades y límites constitucionales*. Granada: Comares, 1990 p. 101, disse que, "não existem, desde do ponto de vista da teoria do conhecimento, meras comunicações de fatos sem conteúdo valorativo, especialmente quando trata-se de acontecimentos simultâneos. Toda mera comunicação de fatos é sempre uma toma de posição sobre as fontes de informação e um juízo informativo que consiste em declarar que os fatos ocorreram de uma maneira e não de outra".

<sup>12</sup> Cabe destacar que o segredo profissional e a cláusula de consciência são garantias que assistem exclusivamente ao direito à informação, cfr. a STC 6/1988, de 21 janeiro.

<sup>13</sup> Cfr. a STC 143/1991, de 1 julho.

<sup>14</sup> Nesta linha, cfr. REY GUANTER, S. *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo*. Madrid: Civitas, 1994, p. 44.

<sup>15</sup> Cfr. a STC 6/1988, de 21 janeiro.

<sup>16</sup> Cfr., ESCOBAR DE LA SERNA, L. *Manual de derecho a la información*. Madrid: Dyckinson, 1997 pp. 61 y ss.

reunir e investigar fatos; transmitir, comunicar, publicar, emitir ou difundir os mesmos; e, receber informações<sup>17</sup>.

b) A relevância pública: entendida como um limite ou um elemento de avaliação nas denúncias ou críticas dos trabalhadores é especialmente importante quando ocorra um conflito com o direito à intimidade ou a honra. Tudo isso porque o conteúdo e a finalidade das liberdades públicas do art. 20.1 CE possuem o valor institucional de contribuir à formação da opinião pública livre, como afirma a Sentença do Tribunal Constitucional (STC) 15/1993, de 18 janeiro, que disse também que é elemento de primeira ordem na indagação dos órgãos judiciais para determinar se a informação oferecida está dentro do âmbito protegido constitucionalmente, ou que os requisitos que rodeiam a informação, especialmente, seu interesse público foi suficientemente cumprido para que o interesse geral possa nestes casos prevalecer sobre os privados; doutrina derivada do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Handyside* de 7 dezembro 1976), em que assume-se que as liberdades de expressão e informação existem não só para as informações ou idéias que resultem favoráveis ou consideradas inócuas ou indiferentes, senão também para as que ofendam ou molestem ao Estado ou a qualquer setor da sociedade. Assim, na prática<sup>18</sup>, se a notícia pode supor descrédito à pessoa objeto da informação, principalmente, no que concerne à violação da sua intimidade, o dever de diligência na comprovação da notícia e a relevância pública do comunicado é tomada em sua máxima intensidade.

c) O princípio de boa-fé contratual: passando a examinar o que denominamos limites externos à liberdade de expressão e informação no âmbito trabalhista, examinou-se a evolução na interpretação pelos tribunais e juristas do princípio de boa-fé contratual, chegando-se a uma noção ampla<sup>19</sup> deste preceito jurídico de essencial importância na hora de avaliar a legalidade das denúncias dos trabalhadores e o interesse empresarial afetado pelas mesmas. Sobretudo ao mudar o enfoque tradicional sobre a mesma, posto que dentro de uma jurisprudência mais antiga ou conservadora, a boa fé resultava ou resulta ser o meio mais idôneo para sancionar tais atos em razão do dever de lealdade

<sup>17</sup> Dentro de um conceito amplo e aglutinante da idéia de informação, principalmente para o tema em tela, devemos considerar a "informação" como "notícia" com os caracteres que conleva esta mesma configuração, isto é, fatos relevantes que afetam de alguma maneira ao público. Tal noção é a adotada pelo TC, como observa-se na STC 165/1987, de 27 outubro, que conceitua a informação como o meio de formação da opinião pública em assuntos de interesse geral. Para o jurista brasileiro DOTTI, R. A. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 169 "o direito à informação é considerado também sob a perspectiva de um direito à notícia e de um direito ao fato. A notícia pode ser definida como a relação de conhecimento entre um sujeito e uma realidade (a manifestação, o fato, um documento)" pois "a informação significa a atividade consistente em levar ao conhecimento público certos fatos ou opiniões" em que "à noção de direito à informação, está vinculada ao conceito de *liberdade de informação*".

<sup>18</sup> Vid. a STC 223/1992, de 14 de dezembro.

<sup>19</sup> En esta línea, cfr. MOLINA NAVARRETE, C. "Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones laborales", *RL* núm. 11, 1992, p. 12.

do trabalhador à empresa ou da necessidade de *preaviso*<sup>20</sup> antes de efetuar qualquer declaração pública sobre as relações laborais<sup>21</sup>. Exigia-se do trabalhador um comportamento dócil, respeitoso e conformista, confundindo dever de boa fé com dever de lealdade, e ambos sob limites rigorosos para o trabalhador<sup>22</sup>. Hoje, ao contrário, entende-se a boa-fé contratual como um comportamento mútuo, que abrange tanto ao empresário como aos trabalhadores, e tudo isso em consonância ao sistema constitucional de relações trabalhistas em que tenta-se proteger o equilíbrio e reciprocidade nos interesses profissionais e sociais<sup>23</sup>. Igualmente, entende-se que o preaviso não constitui uma exigência de boa-fé, ainda que o trabalhador não possa alterar o bom funcionamento da empresa ou causar um sério prejuízo a mesma em razão de uma ordem irregular, que afete aos interesses de terceiros de forma insignificante.

Ademais, a figura do preaviso, em alguns casos permite inclusive a reflexão sobre o tema da "*censura prévia*"<sup>24</sup> já que, resulta óbvio o intuito do empregador de manter de qualquer forma a privacidade de sua própria empresa, censurando previamente alguns aspectos do comunicado, ou este por inteiro, sem respeitar os limites e garantias que o trabalhador tem assegurados por imperativo constitucional. Assim, a partir da STC 6/88<sup>25</sup> (caso em que era o próprio superior hierárquico do trabalhador o autor das irregularidades) conclui-se que a obrigação de preaviso não pode considerar-se como integradora da boa fé devida. Em todo caso, parece claro que existe uma necessidade de proteção da empresa (geradora de tributos e postos de trabalho) que resguarde seu prestígio e patrimônio de eventuais danos que possam causar declarações públicas dos trabalhadores efetuadas com abuso de direito e/ou má-fé sobre algum aspecto negativo da relação trabalhista, sempre sujeita a possíveis imperfeições. Cita-se como justificação do preaviso que o trabalhador recorra aos procedimentos internos da empresa para solucionar possíveis irregularidades ou anormalidades. Seria possível argumentar, inclusive, que em muitos casos dentro das relações laborais a cadeia de mando possibilita

<sup>20</sup> Esta expressão é utilizada tanto pela doutrina constitucional como pela laboral espanhola, no entanto parece mais adequada às greves (art. 3.2.3 RDL 17/1977, de 4 março), que aos supostos em tela; a nosso ver, as expressões *via prévia* ou *procedimentos internos*, parecem termos mais adequados por oferecerem uma exata noção do cumprimento do dever de boa fé do trabalhador que tenta buscar uma via interna para a resolução de irregularidades ou anormalidades encontradas pelo trabalhador nas relações trabalhistas.

<sup>21</sup> O art. 62 da Lei de Contratos de Trabalho de 1944 da Espanha, encontramos o antecedente da referida doutrina do aviso com antecipação aos superiores das eventuais anormalidades conhecidas pelo trabalhador e seu vínculo com a boa fé, isto é, sua aparência de obrigação do trabalhador e o direito do empresário.

<sup>22</sup> Nesta linha, VALDES DAL-RE, *F. op. cit.*, p. 278; cfr., também, RODRIGUEZ PIÑERO, *M. op. cit.*, p. 54.

<sup>23</sup> *Vid.* as SSTC 126/1990, de 5 julho; 99/1994, de 11 abril; 6/1995, de 10 janeiro; na mesma linha, cfr. REY GUANTER, *S. Derechos fundamentales...*, cit., p. 34.

<sup>24</sup> Sob a luz do marco constitucional qualquer medida limitadora da elaboração ou difusão de pensamentos, idéias ou informações encontra-se fora do citado marco, como observamos na STC 52/1983 de 17 junho, que disse que a CE "dispõe eliminar todos os tipos imagináveis de censura, ainda que seja débil e sutil, que tenha por efeito não já o impedimento o proibição, senão a simples restrição dos direitos reconhecidos pelo art. 20.1".

<sup>25</sup> *Vid.* também uma STS de 10 outubro 1990 (*Ar.* 7538) e uma STSJ Andalucía/Sevilha de 11 marzo 1996 (*Ar.* 613).

que a denúncia possa ser efetuada diretamente à direção da empresa sobre alguma irregularidade praticada ou tolerada por algum mando intermédio, gerando assim um mínimo dano a imagen da empresa. Porém, achamos que tais hipóteses conformam o necessário exame das particularidades de cada caso concreto. Assim, o que desejamos destacar é a linha geral tomada pela jurisprudência de criar mecanismos de proteção do trabalhador que comunica às autoridades pertinentes ou aos meios de comunicação irregularidades que extrapolam o tradicional âmbito da relação trabalhista e afetam a terceiras pessoas. Em todo caso, o TS parece dar uma especial relevância à pouca publicidade das declarações dos trabalhadores.

Sem embargo, esta alternativa é procedente quando concorrem determinados elementos, tais como: que a irregularidade seja fruto de descuido, que a atividade irregular não seja conhecida pela empresa ou superior hierárquico, ou que as relações internas de trabalho sejam tão abertas que os procedimentos internos empresariais apareçam como a melhor alternativa para todos. Porém, não seria um despropósito pensar que o preaviso dentro de umas condições adversas para o trabalhador poderia ocasionar três possíveis consequências para o mesmo e para o fim que originou a denúncia. A primeira é a própria sanção ao denunciante, a qual pode trazer consigo uma segunda seqüela, que é a possibilidade de que a irregularidade persista, porém não com as falhas tão visíveis que originaram a constatação do trabalhador sancionado. Em todo caso, o empregado sancionado serviria como exemplo para que os demais evitassem imitar tal conduta notoriamente desagradável para a empresa. Uma terceira e hipotética consequência seria que a irregularidade fora subsanada de forma que não se apurassem as possíveis responsabilidades laborais, civis, penais ou administrativas.

Deste modo, concluímos que o trabalhador possui a faculdade e não a obrigação de preavisar a seu superior hierárquico de possíveis comunicações públicas de irregularidades empresariais. Em todo caso, na hipótese de que haja um abuso no exercício das liberdades públicas do trabalhador, este tem “*todas as fichas*” consigo para sair-se mal em sua aventura.

d) A estabilidade ou o interesse empresarial: parece-nos realmente inquietante que determinadas sentenças<sup>26</sup> usem como um limite restritivo à liberdade de expressão ou o direito à informação, as figuras da estabilidade da empresa ou o interesse empresarial. Claro que resulta lógica a preocupação dos tribunais pelos efeitos das declarações de pessoas que se supõe conhecem a fundo o funcionamento da produção de mercadorias ou da prestação de serviços. Porém, entende-se, também, que em um mercado formado por pessoas que vivem em uma sociedade em que o acesso a informação nunca foi tão fácil, é igualmente simples aos grupos organizados fazer chegar a opinião pública os conflitos de interesses entre os mais diversos grupos sociais.

<sup>26</sup> Vid. as SSTC 99/1994, 11 de abril e 6/1995, 10 de janeiro, que, coincidentemente, possuem como relator M. Rodríguez-Piñero, e umas SSTs de 20 enero 1981 (Ar. 1727), de 17 marzo 1981 (Ar. 1381) o de 23 septiembre 1986 (Ar. 5142), de 10 outubro 1990 (Ar. 7538).

De tal forma, que é de certo modo compreensível que determinadas informações provenientes do mundo laboral, tradicionalmente conflitivo, podem estar viciadas pelos possíveis interesses em choque entre trabalhadores e empresários. Tal raciocínio é denominado pela doutrina de *relativismo implícito*<sup>27</sup>, que mais adiante, ao tratar da honra, aprofundaremos.

Mais ainda, a introdução deste outro limite, é um critério axiológico que em certo modo vai em sentido contrário a tudo o estabelecido até o momento sobre o valor preponderante das liberdades do art. 20.I CE, principalmente a partir da STC 88/1985, de 19 julho<sup>28</sup>, e que voltam a impor o silêncio interno nas relações trabalhistas, já que é de supor que o empresário sempre estará tentado a alegar o prejuízo de seus interesses frente ao exercício das liberdades públicas do trabalhador. Em todo caso, entra-se a valorar um elemento tão *meta-jurídico* como a situação econômica e mercantil da empresa também se fará necessário valorar com mais vigor, e quiçá, com mais razão, os motivos de índole pessoal e laboral que levaram ao trabalhador a manifestar-se contra a empresa, pondo em perigo um *bem* tão apreciado (em tempos de altos índices de desemprego) como é seu posto de trabalho. Ademais, a alegação da “estabilidade ou do interesse empresarial”, são recursos mais convenientes para matérias como a dispensa coletiva, a transferência de empregados, a modificação substancial das condições de trabalho ou das despedidas por justas causas, que para os atos em benefício de terceiros. Deve-se destacar, também, que é o próprio ET quem determina formas, requisitos e procedimentos especiais para as matérias em que a alegação da estabilidade ou interesse empresarial é válida, coisa que não ocorre na matéria que nos ocupa.

e) O dever de segredo do trabalhador: “o segredo pode ser conhecido por um grupo de pessoas, com independência de que estas formem um coletivo mais ou menos amplo, posto que o essencial não é o número de pessoas que o conhecem, senão que não se revele a terceiros.”<sup>29</sup> Saindo deste conceito, examinaremos este limite por meio de três pontos: o segredo de empresa ou industrial, o segredo profissional e a obrigação de segredo legal e convencional do trabalhador.

Assim, sobre o *segredo de empresa* pode-se afirmar que consiste na proibição de comunicar ou difundir uma informação qualificada como secreta ou reservada. Tal qualificação não necessita ser obrigatoriamente expressa, já que o trabalhador, por formação ou experiência profissional, possa claramente entender que determinada

<sup>27</sup> Cfr. REY GUANTER. *Libertad de expresión...*, cit., p. 91.

<sup>28</sup> Nesta linha, *vid.* uma STS de 12 maio 1986 (Ar. 2527), uma STSJ de Canárias/Santa Cruz de Tenerife de 28 setembro 1993 (Ar. 3786) e a decisão da Vara de Gijón de 17 dezembro 1994 (AI. 369); *cfr.*, também, RIVERO LAMAS. *op. cit.*, p. 76.

<sup>29</sup> Cfr. REBOLLO VARGAS, R. *La revelación de secretos e informaciones por funcionarios públicos*. Barcelona: CEDECS, 1997, p. 142; no Direito brasileiro, GIGLIO, W. *Justa causa*. 6ª. São Paulo: Ed., Saraiva, 1996, p. 186, disse que segredo de empresa “é tudo que, sendo referente a produção ou negócio e do conhecimento de poucos, não deve, pela vontade dos seus detedores ser violado”. No Direito norte-americano, *cfr.*, F. GOMEZ ABELLEIRA, *Litigios entre empresario y trabajadores sobre patentes, secretos industriales y derechos de autor en los Estados Unidos*, Servicios de Publicaciones de la Universidad (A Coruña, 1999) pp. 113 y ss.

matéria implica um dever de guardar sigilo e pode ser considerada valiosa para a empresa, poderá ser responsabilizado no caso de que viole dito dever, que nestas condições impõe-se tacitamente<sup>30</sup>. Sobre o valor do segredo, os tribunais norte-americanos avaliam isso a partir de três interessantes dados<sup>31</sup>: o investimento feito pelo empresário para descobrir ou desenvolver o conteúdo de dito segredo, a pretensão de concorrentes ou terceiros para fazer-se com a referida informação e a vontade do empresário em manter o caráter secreto da informação. Elementos especialmente relevantes na hora de identificar a gravidade da falta laboral de violação de segredo. Também será importante o cargo que ocupava o trabalhador quando violou o dever de segredo, já que entende-se que quando maior é a responsabilidade do trabalhador, maior é o grau de confiança da empresa nele. O trabalhador só poderá violar esta obrigação de segredo em determinados supostos, como, por exemplo, na realização de atividades delitivas, como indica o art. 262 da Lei de Processo Penal “os que por razão de seus cargos, profissões ou ofícios tiverem notícia de algum delito público estarão obrigados a denunciar-los imediatamente.”<sup>32</sup>

O *segredo profissional*, por sua vez, é o limite que devem respeitar alguns profissionais ou empregados com funções qualificadas de uma empresa no momento de difundir a terceiros determinados dados. Em Espanha<sup>33</sup>, o parágrafo segundo do art. 199 do Código Penal (CP) afirma que “o profissional que descumprir suas obrigações de sigilo ou reserva, divulgue os segredos de outra pessoa, será castigado com a pena de prisão de um a quatro anos, multa de doze a vinte e quatro meses e inabilitação especial para dita profissão”. Assim, por exemplo, nos casos dos médicos de empresa, existe um natural antagonismo entre sua obrigação ética-profissional e sua obrigação pactada com a empresa<sup>34</sup>; ou seja, ainda que se trate de um médico de empresa a relação de confiança e a garantia de confiança deverá ser a mesma entre médico e trabalhador que entre médico e paciente, já que se o paciente tem sua intimidade juridicamente protegida, o trabalhador, como cidadão que é, tem direito a esta mesma intimidade, que, condicionada pela relação trabalhista, também se faz presente. Por outro lado, o médico tem um compromisso obrigacional com a empresa que lhe impõe como dever informar

<sup>30</sup> Nesta linha, MARANHÃO, D. *Instituições de Direito do Trabalho*. 12ª. Ed. São Paulo: LTr, vol. I, 1992, pp. 554 y ss.; *vid.*, também, *Roger Bullivant Ltd. v. Ellis*, 1987 em DEAKIN, S. y MORRIS, G. *Labour law*. London: Butterwoths, 1998, p. 341.

<sup>31</sup> Cfr. GOMEZ ABELLEIRA, F. *op. cit.*, p. 115.

<sup>32</sup> No Brasil os serviços de inspeção sanitária ou do trabalho podem exigir aos empregados que prestem informações de caráter reservado quando seja necessário para a instrução de suas respectivas inspeções. O mesmo ocorre quando o trabalhador é chamado a juízo para testemunhar um delito empresarial (art. 342 do Código Penal brasileiro).

<sup>33</sup> No Brasil, o art. 196, XII do CP, penaliza a quem “divulga ou explora, sem autorização, quando a serviço de outrem, segredo de fábrica ou de negócio, que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do serviço”.

<sup>34</sup> Ou com a Previdência social; sobre o tema cfr. MONTROYA MELGAR, A. y CAMARA BOTIA, A. *Médicos al servicio de entidades privadas*. Madrid: Tecnos, 1991 pp. 24 e ss., citando uma STS 15 outubro 1985 (Ar. 4724).

à mesma da morbidade e prognósticos das doenças dos trabalhadores. Este possível conflito se resolverá com as próprias obrigações assumidas pelo médico de empresa, pois na atividade estritamente profissional do médico “deve-se gozar de uma autonomia no que concerne ao cumprimento de suas obrigações contratuais, a cujo teor há de submeter-se às normas que lhe sejam dadas em ordem à organização que diríamos externa de suas funções.”<sup>35</sup> Temos assim um quadro de subordinação e dependência, que não coarta a discricionariedade técnica do médico, porém que em suas obrigações contratuais pode modalizar a forma da prestação de seus serviços. Cabe citar o caso dos médicos das seguradoras de vida, que nas próprias apólices expressam a autorização para revelar o estado de saúde do assegurado ou do possível cliente<sup>36</sup>. Por isso, não seria absurdo dizer que a menção desta expressa autorização no contrato de trabalho ou de prestação de serviços dos médicos de empresa, ou no Convênio Coletivo da mesma ou nos contratos de trabalho dos empregados, eliminaria qualquer possível conflito ético ou profissional destes médicos. Em outras palavras, o que trata-se de proteger é a dignidade e a intimidade dos trabalhadores, com a persistência do segredo profissional médico, o que implicaria que os dados de aqueles não fossem divulgados fora da estrita órbita das causas legítimas de revelação de dados.

*A obrigação ou dever de sigilo ou reserva que recai sobre os trabalhadores de forma geral*, isto é, como o dever pessoal de não revelar todas aquelas questões que se tem conhecimento por razão de ofício ou cargo, independentemente do setor profissional do qual se trate. Assim, se no segredo profissional, protegia-se primordialmente a intimidade dos clientes ou dos empregados de uma empresa, no dever de sigilo ou reserva protege-se necessariamente o interesse empresarial pela não divulgação dos segredos técnicos e produtivos da empresa. O antecedente trabalhista mais relevante no Direito Espanhol sobre o tema foi o art. 72 da Lei de Contrato de Trabalho de 26 de janeiro de 1944 (LCT), que dizia que “o trabalhador está obrigado a manter os segredos relativos à exploração e negócios de seu empresário, durante e depois da extinção do contrato. Neste último caso, poderá utilizar-lo em seu próprio benefício, só enquanto fosse exigência justificada de sua profissão habitual”. O art. 72 LCT continha, ademais, uma das poucas referências legais ao sigilo profissional no ordenamento trabalhista espanhol; e por isso, com sua derrogação levada a cabo pela Disposição Final 4.<sup>a</sup> ET (Estatuto dos Trabalhadores) de 1995, deixou um vazio legal sobre a matéria, já que outras referências legais hoje vigentes sobre a obrigação de segredo referem-se aos representantes dos trabalhadores e não aos trabalhadores sem representação, como constatamos nos seguintes artigos do ET: 8.3.b)<sup>37</sup> y 65. 2<sup>38</sup>. Assim, a

<sup>35</sup> Cfr. GITRAMA, M. “Configuración Jurídica de los Servicios Médicos”, *Estudios en Homenaje al Profesor Ignacio Serrano y Serrano*. Valladolid: T. I, 1965 pp. 362 e ss.

<sup>36</sup> Sobre o tema, cfr. a Lei espanhola 50/1980, de 8 outubro, de Contrato de Seguro (art. 105) e ATAZ LOPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985, pp. 226 e ss.

<sup>37</sup> Que trata do sigilo profissional dos representantes da Administração, dos sindicatos e das associações empresariais sobre a cópia básica dos contratos de trabalho, não sendo possível usa dita documentação para fins distintos dos que motivaram seu conhecimento.

<sup>38</sup> Que trata do sigilo profissional dos membros do comitê de empresa sobre a evolução econômica da empresa, do comitê de empresa sobre a evolução econômica da empresa.

Ley 10/1997, de 24 abril, de Empresas de Dimensão Comunitária Européia (LIC)<sup>39</sup>, traz ao Direito do Trabalho espanhol uma concepção moderna do que deve-se entender por sigilo profissional dos representantes dos trabalhadores. No art. 22.1 LIC estipula-se o dever de sigilo, proibindo-se a revelação a terceiros, e até a seus representados, da informação expressamente comunicada a título confidencial aos membros da comissão negociadora, comitê de empresa europeu e dos representantes dos trabalhadores e, inclusive, aos expertos que os assessoram. Já a prerrogativa do art. 22.2 LIC possibilita que a direção central da empresa comunitária não esteja obrigada a comunicar informações específicas relacionadas com segredos industriais, financeiros ou comerciais cuja divulgação possa, segundo critérios objetivos, obstaculizar o funcionamento da empresa ou ocasionar graves prejuízos a sua estabilidade econômica. Aqui trata-se de garantir uma reserva absoluta sobre determinadas informações que aumentariam a debilidade competitiva da empresa e, conseqüentemente, poderia por em perigo até os próprios postos de trabalho. Deve-se entender por segredo empresarial nestes supostos<sup>40</sup>, a informação tecnológica (procedimentos de fabricação, reparação, características de rendimento da maquinária, etc.) e informação não tecnológica (*marketing*, organização interna da empresa com seus clientes e fornecedores). Haverá segredo empresarial quando simultaneamente cumpram-se três requisitos: um círculo reservado e limitado de pessoas, vontade de ocultação por parte de seu titular, e interesse – devido a seu valor patrimonial – em que continue mantendo esta característica reservada e limitada<sup>41</sup>. Por sua vez, os convênios coletivos cobram protagonismo como os principais instrumentos jurídicos (juntamente com o do dever de boa fé contratual enquanto que elemento integrador dos contratos) na solução de eventuais controvérsias sobre o tema. Isto não só em referência ao dever de segredo dos trabalhadores, senão que também aplica-se ao segredo profissional ou industrial. Observamos tal coisa em diversos convênios coletivos que<sup>42</sup>, em seus apartados sobre os deveres, regime disciplinário ou sanções, expõem a obrigação de segredo, a violação do sigilo profissional e a reserva e confidencialidade de determinados documentos. O mesmo vem ocorrendo em países como os Estados Unidos<sup>43</sup>.

f) A honra das pessoas que integram a empresa e desta vista como pessoa jurídica nos atos obreiros em defesa de consumidores e usuários: efetuando um acompanhamento evolutivo do acervo jurisprudencial do TC, podemos resumir a questão da seguinte

<sup>39</sup> Que nasce da Directiva 94/45 da então Comunidade Européia, hoje União Européia.

<sup>40</sup> Cfr. MERCADER UGUINA, J. "Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria", *RL*, núm. 14, 1997, p. 74.

<sup>41</sup> Os únicos controles que a LIC prevê a tal faculdade do empresário são os dos arts. 33.3 e 38.5. O primeiro tipifica como infração administrativa muito grave o "abuso no estabelecimento da obrigação de confidencialidade". E o art. 38.5 LIC, por sua parte, estipula o controle *a posteriori*, através da impugnação em via jurisdiccional das decisões da direção central.

<sup>42</sup> *Vid.*, por exemplo, o convênio da empresa "Fiat" (BOE de 19 junho 1996), "Iberia Líneas Aéreas de España S.A." (BOE de 22 setembro 1998) ou o da empresa "Sogecable, S.A." (BOE de 2 fevereiro 1998).

<sup>43</sup> Cfr. *Foster v. Scaffolding (GB) Ltd.* em SELWIN, N. *op. cit.*, p. 225; cfr., GOMEZ ABELLEIRA, F. *op. cit.*, pp. 150 y ss., em que cita o caso *AMP Inc. V. Fleischhacker. chacker*, 823 F2d, p. 1202 (7th Cir., 1987).

forma. Até a STC 120/1983, a honra dos titulares da empresa prevalece sobre o exercício da liberdade de expressão dentro de uma estrita interpretação do art. 20.4 CE<sup>44</sup>. Há uma interpretação ampla e generosa do *animus nocendi* em prejuízo do trabalhador<sup>45</sup>, baseada, por seu turno, em uma estrita leitura do princípio da boa fé contratual<sup>46</sup>. O TC, a partir da STC 88/1985, começaria a afastar-se desta interpretação do art. 20.4 CE, tomando em consideração o valor institucional do art. 20.1 do mesmo texto legal. Esta doutrina praticada anteriormente pela Corte Suprema norteamericana (*balancing of interest*)<sup>47</sup>, chega a sua consolidação com a STC 6/1988, na que é possível apreciar-se uma posição preferencial<sup>48</sup> das liberdades de expressão e informação frente a honra em base a sua função institucional de garantia da formação de uma opinião pública livre em benefício direto da sociedade.

Por sua vez, a jurisprudência trabalhista concretou este marco constitucional da seguinte forma: a) sobre a finalidade perseguida e a capacidade de contribuir à formação de uma opinião pública livre, a averiguação do *animus* determinante da ação (como, por exemplo, a crítica da atuação de diretores da empresa), ao efeito de atenuar ou exculpar a culpabilidade, e tudo isso, por tratar-se de um direito reconhecido constitucionalmente, cuja atuação implicaria examinar os limites de exercício deste direito<sup>49</sup>; b) sobre o agente e os destinatários das manifestações públicas dos trabalhadores, parece claro que, no caso de que sejam efetuadas por um trabalhador com cargo representativo, há de reconhecer-se uma ampla margem de liberdade e discricionariedade, em razão das garantias reconhecidas no art. 68 ET, em relação com os arts. 7 e 28 CE, de modo que é no excesso onde poderá apreciar-se no trabalhador uma antijuridicidade mais ou menos intensa, que possa justificar a sanção<sup>50</sup>; sobre os

<sup>44</sup> No citado artigo, limita-se as liberdades de expressão e informação que quando provoquem um conflito com os denominados direitos a personalidade, isto é, a honra, a intimidade e a própria imagem.

<sup>45</sup> Cfr. ROJAS RIVERO, G. "El conflicto entre el honor y la libertad de expresión: referencias al ámbito laboral", *PJ*, núm. especial XIII, 1990, p. 54.

<sup>46</sup> Cfr. HERRERO TEJEDOR, F. *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid: Colex, 1990, p. 101.

<sup>47</sup> Isto é, tentaria-se obter o necessário equilíbrio entre o direito dos trabalhadores à livre defesa das próprias idéias e opiniões e o obrigado respeito ao prestígio da empresa e à dignidade e honra das pessoas físicas que a integram. O conflito entre direitos igualmente assegurados pela Constituição resolver-se-ia pela determinação em concreto do equilíbrio que deve-se dar, considerando as circunstâncias de cada caso.

<sup>48</sup> Assinala-se uma questão que trata não só de terminologias, senão de extensões jurídicas dos direitos em questão, que pode ser observada na STC 159/1986, de 16 dezembro, que trata do conflito entre direitos da personalidade e as liberdades públicas do art. 20.1; disse a STC que "as restrições que de dito conflito possam derivar-se devem ser interpretadas de tal modo que o conteúdo fundamental do direito em questão não resulte, dada sua hierarquia constitucional". A STC 171/1990, de 12 novembro, por sua vez, refere-se a "hierarquia institucional"; a STC 121/1989, de 03 julho, denomina as liberdades do art. 20 como "valores superiores ou de eficácia irradiante"; a denominação que nos parece mais acertada encontra-se nas SSTC 240/1992, de 21 dezembro e 336/1993, de 15 novembro que intitulam como "posição prevalente, não hierárquica" à liberdade de expressão e o direito à informação (da mesma maneira, A. AGUILERA FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 57); tal observação aquilata-se ante a constatação de que a defesa jurídica da honra *persona* não está em uma situação inferior ao direito de expressão e informação, já que a honra do cidadão, ou melhor, os direitos de personalidade são valores também essenciais para um Estado democrático.

<sup>49</sup> Cfr. uma STSJ de Catalunha 15 novembro 1991 (*Ar.* 6431).

<sup>50</sup> *Vid.* umas SSTCS de 9 julho 1986 (*RJ* 4000) e de 28 fevereiro 1990 (*RJ* 1248).

destinatários das manifestações, as consequências podem diferir na medida em que os afetados sejam o empresário, os companheiros de trabalho ou terceiros; c) sobre a publicidade e o meio de comunicação elegido para difundir a informação, a gravidade do dano em uma colisão de direitos fundamentais é medida dentro de um parâmetro em que se considera que escrever em um jornal (em que se pode reflexionar sobre os termos utilizados, por exemplo) e falar em direto na televisão ou na rádio são dimensões distintas e assim devem ser valoradas, assim como também deve ser considerado o alcance social do meio de comunicação elegido e sua penetração social (audiência, horário), ou outro meio informativo de alcance menor, tais como cartazes ou panfletos<sup>51</sup>; d) sobre a proporcionalidade entre a relevância pública e o bem jurídico em conflito, aqui averigua-se a extensão da relevância pública de um bem jurídico, examinando se é legítimo que a honra tenha uma proteção jurisdicional inferior, tendo em conta o papel que cabe atribuir-lhes dentro do sistema de direitos e liberdades da Constituição Espanhola; e) sobre a característica da profissionalidade da informação comunicada, se o direito à liberdade de informação é exercido por um profissional da informação, dentro da legalidade, dado o valor institucional da imprensa, haverá uma máxima eficácia legitimadora, do mesmo modo que quando seja um cidadão o comunicador das informações, atuando este com o esmero de um profissional; f) finalizando, é necessário também o exame das tradicionais circunstâncias atenuantes trabalhistas, como a boa conduta observada pelos trabalhadores na empresa ou a desafortunada utilização de palavras em razão do suposto desconhecimento de sua exata significação ou das circunstâncias conflitivas no momento das manifestações, que pudessem justificar (ou não) palavras desmesuradas em um normal ambiente de trabalho<sup>52</sup>.

Uma última observação (também válida para o estudo sobre a possibilidade da defesa da honra das pessoas jurídicas), que é o que a doutrina denomina “*relativismo implícito*”, que, como vimos anteriormente, consiste na idéia do real poder de influência das manifestações dos trabalhadores sobre a opinião pública acerca da qualidade do produto ou serviço da empresa. Assim, tenta-se relativizar os efeitos de tais informações analisando-se as condições nas quais foram feitas e se os terceiros alheios a relação trabalhista propriamente dita tinham conhecimento das referidas condições<sup>53</sup>.

Por fim, cabe destacar a possibilidade de defesa da pessoa jurídica através da proteção constitucional da honra<sup>54</sup>. A lesão da *honra das pessoas jurídicas* se produz quando é agredida essa esfera de interesses organizados que conformam uma empresa<sup>55</sup>, isto é, as pessoas jurídicas são difamadas quando divulguem-se fatos falsos concernentes

<sup>51</sup> Cfr. uma STS de 3 dezembro 1983 (Ar. 6166).

<sup>52</sup> Vid. uma STCT de 20 janeiro 1987 (RTCT 915).

<sup>53</sup> Cfr. REY GUANTER. *Libertad de expresión...*, cit., p. 91.

<sup>54</sup> Vid. as SSTC 139/1995, de 26 dezembro; e 183/1995, de 11 dezembro.

<sup>55</sup> Cfr. FERRER RIBA, J. “Sobre la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su derecho al honor”, *Rev. Jurídica de Cataluña*. núm. 3, 1996, p. 778, cita o autor umas SSTs de 15 abril 1992, de 9 dezembro 1993 e de 5 abril 1994.

a seu objeto e finalidade que lesionam sua reputação, no sentido tradicional de bom nome, fama ou consideração social. As hipóteses práticas são as seguintes<sup>56</sup>: a) se a agressão é inominada e o bastante genérica e imprecisa como para que não seja razoavelmente possível sua individualização, a eventual proteção da honra das pessoas naturais haveria de ceder ante a proteção da honra da pessoa jurídica pois deveria considerar-se, neste caso, que as pessoas naturais não foram difamadas; e b) se a difamação da pessoa jurídica, ainda sendo genérica, transcende às pessoas naturais e estas podem ser razoavelmente individualizadas, deveria reconhecer-se às pessoas jurídicas a possibilidade de acionar, de forma autônoma, por difamação de sua própria honra.

Sem embargo, a tendência do TC a assumir tal doutrina favorável a honra das pessoas jurídicas não está totalmente consolidada, já que é o próprio acervo jurisprudencial mas antigo do Alto Tribunal que postula o “critério personalista da honra”<sup>57</sup> segundo o qual a honra é de todos, porém de forma individualizada, em que reconhece-se a honra ao cidadão, enquanto pessoa física, já que são estes sujeitos os titulares do direito à personalidade. De tal forma que, pode-se atacar a boa fama ou a reputação de uma pessoa jurídica, porém não a sua honra, que é uma característica humana. Deste modo, de acordo com o critério personalista, deve-se destinar às pessoas jurídicas um nível mais fraco de proteção do que corresponde atribuir ao direito a honra das pessoas. Assinalamos que não questionamos que as pessoas jurídicas, tal como encontra-se o mercado de trabalho, devam permanecer sem proteção frente a manifestações que lhes possam afetar economicamente de forma grave, possibilitando deste modo o encerramento de atividades ou a dispensa de uma série de trabalhadores por razões econômicas. O que se conclui é que ante ao critério personalista e a série de dificuldades de aplicação da proteção constitucional a honra às pessoas jurídicas, a defesa da empresa poderá ser efetuada, com mais seguridade, seja pela via da legislação sobre concorrência desleal<sup>58</sup>, seja pela via da responsabilidade aquiliana prevista no art. 1902 do Código Civil Espanhol.

#### 4. O Direito de Crítica dos Trabalhadores

O direito de crítica dos trabalhadores segue o marco fixado no consoante, principalmente, à liberdade de expressão e a causa legitimadora de seu exercício por parte dos trabalhadores, onde a relevância pública encerra os temas que afetam não

<sup>56</sup> Cfr. FERRER RIBA, J. *op. cit.*, pp. 783 e ss.

<sup>57</sup> *Vid.* umas SSTC 107/1988, de 8 junho e 51/1989, de 22 fevereiro; e umas SSTs de 9 fevereiro 1989 (Ar. 1990/485), de 5 outubro 1989 (Ac. 1990/119), 6 junho 1992 (Ar. 5007), 26 março 1993 (Ar. 2396); cfr., também, O'CALLAGHAN, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Madrid: RDP, 1991, p. 70.

<sup>58</sup> Os arts. 3.1 e 9 da Lei Espanhola 3/1991, de concorrência desleal, tutelam o crédito no mercado das pessoas jurídicas especificamente no que respeita às expressões inexactas, não verdadeiras ou não pertinentes contra pessoas jurídicas, estabelecendo inclusive indenização de danos se se demonstra através de provas a existência efetiva de tais manifestações.

somente às partes adscritas à relação trabalhista em si, senão também uma órbita muito mais ampla, implicando a terceiros, principalmente nos casos de serviços públicos deficientes ou irregulares<sup>59</sup>, já que insere-se na idéia de participação dos cidadãos no conhecimento das coisas e na fiscalização do patrimônio público pelos mesmos, suportes essenciais do conceito de liberdade e de democracia que, em ocasiões, pode revelar-se como o interesse predominante. A tudo isso, entendemos como crítica a “manifestação qualificada do direito de opinião, constituindo um instrumento de dissenso dialético que substancia-se em uma atividade racional de contraposição de idéias e convencimentos.”<sup>60</sup>

Por outro lado, é necessário examinar, também, o possível desvio na aplicação desta doutrina, estudando a possibilidade de coação ou o ânimo de prejudicar do trabalhador ao empresário que não acedeu às reivindicações laborais dos trabalhadores<sup>61</sup>, inclusive com a imputação de delitos falsos<sup>62</sup>. A dificuldade de provar em juízo este citado ânimo de causar danos aos empregados<sup>63</sup>, em que recorre-se a meios ao mesmo tempo complexos e circunstanciais, como as gravações<sup>64</sup> ou o reconhecimento dos próprios trabalhadores de sua vontade de prejudicar à empresa<sup>65</sup>. De todos os modos, os fortes indícios de má fé do trabalhador não são suficientes para justificar a despedida por um “suposto *animus nocendi*”, resultando mais concludente alegar uma falta de diligência grave ao comunicar a informação veraz (art. 20.1. *d* CE) que outra causa circunstancialmente mais clara, porém juridicamente mais fraca, para defender os interesses da empresa principalmente sua imagem comercial<sup>66</sup>. Em todos estes casos, o que os tribunais não consentem é que os trabalhadores façam uso do manancial de informações sobre o funcionamento interno das empresas (inclusive informações qualificadas como secretas ou reservadas)<sup>67</sup> para pressionar ou coacionar às mesmas.

<sup>59</sup> Vid. umas SSTC 88/1985, de 19 julho; 186/1996, de 25 novembro; 204/1997, de 25 novembro; e uma STSJ Andalucía/Granada de 30 junho 1992 (Ar. 3192).

<sup>60</sup> Cfr. ROJAS RIVERO, G. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Trotta, 1991, p. 51.

<sup>61</sup> Vid. umas SSTSJ de Catalunya de 21 novembro 1995 (Ar. 4476); de Madrid de 27 janeiro 1998 (AL. 899); e uma STS de 14 setembro 1982 (RJ 5001).

<sup>62</sup> Cfr. umas SSTSJ de Galicia de 6 abril 1995 (Ar. 1499); de Andalucía/Sevilha de 4 dezembro 1989 (Ar. 208); e umas STCT de 28 fevereiro 1989 (RTCT 1493).

<sup>63</sup> Vid. umas SSTC de 5 julho 1980 (RJ 2976) e de 27 outubro 1983 (RJ 5160).

<sup>64</sup> Vid. umas SSTSJ de Catalunya de 1 abril 1995 (Ar. 1547) e das Ilhas Baleares de 4 junho 1994 (Ar. 2612); e umas SSTCT de 20 janeiro 1976 (RTCT 250) e de 2 junho 1987 (RTCT 1189).

<sup>65</sup> Vid. umas SSTCT de 15 abril 1983 (RTCT 2983); de 28 junho 1983 (RTCT 6147); e de 12 junho 1985 (RTCT 3899).

<sup>66</sup> Vid. umas SSTCT de 27 novembro 1979 (RTCT 6633); de 19 maio 1982 (RTCT 2960); e de 14 junho 1983 (RTCT 5647).

<sup>67</sup> Vid. uma STS de 28 setembro 1987 (Ar. 6408).

## 5. A Modo de Conclusão – a Obrigação ou o Direito de Denunciar do Trabalhador no Direito Espanhol

Examinado os limites da liberdade de expressão e do direito a comunicar informação veraz podemos concluir que há um *dever* de denuncia<sup>68</sup> quando exista um efetivo e reconhecível interesse público como, por exemplo, nos casos de proteção à vida ou à integridade física de terceiros sempre que os conhecimentos técnicos e fácticos do trabalhador sejam suficientes para identificar-lo como tal. Dever que é reconduzível a categoria de simples *direito* quando os interesses em jogo refiram-se a meras irregularidades econômicas, já que se isso também fora um dever, estaríamos então gerando responsabilidades (porém não as garantias e potestades) aos trabalhadores, ante interesses mais acordes com outros entes públicos (por exemplo, autoridades da saúde, do consumo ou tribunais de contas públicas) ou privados (por exemplo, associações de consumidores e usuários); entes mais complexos e especializados que possuem umas potestades, direitos e deveres que os trabalhadores não possuem. Com tal doutrina supera-se a posição tradicional no juslaboralismo espanhol que sancionava qualquer publicidade da intimidade das relações laborais<sup>69</sup>, em base à lealdade devida à empresa ou um estrito dever de boa fé contratual<sup>70</sup>. Atualmente<sup>71</sup>, entende-se que o trabalhador que atua civicamente em favor de seus companheiros ou da coletividade em geral, exercita ativamente uma necessária e desejada participação social nos assuntos de interesse geral e releve público; e por isso, não pode ser sancionado<sup>72</sup>, já que não se pode criar entre os cidadãos um ambiente restritivo e punitivo de condutas civis espontâneas que servem de controle para todos os setores sociais, pois quem atua

<sup>68</sup> O termo *denuncia*, identifica-se sempre com um ato de comunicação de fatos a algum organismo, instituição, meios de comunicação ou autoridade para obter, precisamente consequências com transcendência jurídica.

<sup>69</sup> Cfr. uma STCT de 04 abril 1978 (RTCT 1898).

<sup>70</sup> Cfr. CREMADES, J. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico*. Madrid: La Ley, 1995, p. 160.

<sup>71</sup> Vid. uma STC 3/1997, de 13 janeiro; e também uma STSJ de Madrid de 23 setembro 1991 (Ar. 5319); cfr. ao respeito o Direito norte-americano com o *Whistleblowing Protection act* de 1988, aplicável aos empregados públicos para proteger-los em eventuais denúncias sobre arbitrariedades ou corrupções. No Direito Inglês também admite o *whistleblowing*, principalmente no que refere-se a denúncias de atos delitivos, e inclusive ampliou-se a proteção ao trabalhador denunciante mediante a *Public interest disclosure act 1998* em que os temas como a saúde e a segurança de terceiros são considerados de interesse público, estando o trabalhador autorizado (não poderá ser sancionado ou despedido) a fazer a denúncia, sempre e quando seus conhecimentos específicos lhe façam crer positivamente que ocorreram ou estão em iminência de ocorrer uma irregularidade, tais como, atos delitivos, a defraudação de obrigações contratuais com o prejuízo de terceiras pessoas ou um dano ao meio ambiente. Em Brasil, a divulgação de irregularidades (ou melhor dito, de fatos que apresentam fortes indícios de ilegalidade ou anormalidade) pelo trabalhador, é considerada como um direito do mesmo ante à sociedade, porém que não exclui a sanção de ordem trabalhista, cfr., W. GIGLIO, *op. cit.*, p. 310.

<sup>72</sup> Vid. uma STC 6/1988, de 21 janeiro; umas SSTS de 9 julho 1986 (Ar.4000) e de 27 maio 1987 (Ar.3895); uma STSJ de Madrid de 21 janeiro 1992 (Ar.462); e uma STCT de 19 novembro 1977 (RTCT 6019).

### ELEMENTOS PARA O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO PELOS TRABALHADORES

conforme o ordenamento jurídico vigente não atua, obviamente, de forma antijurídica, ainda que, de seu actuar derive um dano a outrem<sup>73</sup>. Ademais, o empresário ao atuar contra as normas da ética profissional ou da boa fé jurídica geral e eventualmente inclusive de forma delitativa, renuncia à possibilidade de exigir o segredo de dados profissionais (ainda quando não haja um prejuízo direto do trabalhador neste ato), já que tais informações constituem uma conduta empresarial que irá efetivamente prejudicar a terceiros.

Salientamos, porém, a evidência que há um razoável temor empresarial de que tanta liberdade de manifestação dos trabalhadores possa transformar-se em uma autêntica ameaça aos interesses empresariais, especialmente quando se ataque injustificadamente a qualidade dos produtos ou os serviços oferecidos. Sem embargo, cabe contestar a esta reserva que, dentro de um exercício regular da administração da justiça por parte dos tribunais, considerando a doutrina dos limites dos citados direitos obreiros o mencionado temor empresarial pode-se considerar como injustificado. Neste sentido, algumas empresas já despertaram a esta nova realidade que exige um maior grau de transparência dentro de umas relações abertas com a sociedade aparecendo a confrontação como uma circunstância a ser evitada, que inclusive prejudica o âmbito trabalhista e os interesses globais da empresa<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Vid. uma STCT de 12 novembro 1981 (RTCT 6609); vid., también, umas SSTCT de 20 outubro 1981 (RTCT 5982) de 10 junho 1983, (RTCT 5479), e uma STS de 22 junho 1983 (RJ 1984/2992); cfr., también, HECKSHER, C. *El nuevo sindicalismo, la participación del trabajador en la empresa de transformación*. Madrid: MTSS, 1993, pp. 334 e 335, disse que nos E.U.A. traz a promulgação das emendas à Lei sobre o Ar Limpo de 1977, já não é possível castigar ao pessoal empregado em fábricas que denunciam a poluição do ar.

<sup>74</sup> En este sentido, HECKSHER, C. *op. cit.*, p. 349, cita CLAUSEN, A. W. presidente (1981) de BankAmerica.

## **CULTURA EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL**

Nélida Perez Hernández\*

El tema referido a la relación entre globalización y cultura viene cobrando fuerza expansiva en diversos sectores, sea el intelectual, académico, artístico, político, gubernamental y en los Organismos Internacionales.

Globalización y cultura, binomio contemporáneo, viajero incansable de un mundo más mediático. Controvertido tema en cuanto podemos plantearnos.

- ¿Qué de nuevo encierra la relación cultura y globalización?
- ¿Cuáles son los agentes más dinámicos del proceso de globalización cultural en la actualidad?
- ¿Cómo se entrelaza la cultura al desarrollo en tiempo de globalización neoliberal?

La globalización debiera ser abordada no tan solo como concepto, sino como apreciación de un proceso vivo en perenne movimiento, como fenómeno económico, social y político, entrelazado al desarrollo cultural de las diferentes naciones, grupos sociales y etnias, las personas y la sociedad en su conjunto.

En este sentido, la globalización de la cultura encontró con el desarrollo del capitalismo y su tendencia a la internacionalización y el desborde de las fronteras nacionales, un motor impulsor de mayor potencia que en otros sistemas sociales anteriores.

Con la Conquista del Nuevo Mundo o más propiamente, con el Encuentro entre Diferentes Culturas, la globalización cultural recibió un particular impulso histórico cuando los europeos arribaron al Nuevo Mundo desconocido y junto a las apetencias por el oro, el enriquecimiento súbito y la exacción a los que llamaron indios, trajeron su cultura y ella se entrelazó con la cultura de las sociedades y grupos humanos existentes en América, algunos de ellos con un desarrollo científico en importantes campos del conocimiento, un desarrollo urbanístico y una cosmovisión cultural superior a los europeos.

Y así, en la medida que fueron siendo conquistadas nuevas tierras, e iban entrelazándose regiones que se sumarían posteriormente a otras, se contribuyó a la conformación de una concepción más global del mundo de entonces y al conocimiento e intercambio con culturas diferentes a las conocidas hasta el momento.

Lamentablemente, la conquista de América que por un lado favoreció el conocimiento de otras culturas desconocidas, no asimiló la enorme riqueza creadora,

\* Instituto Superior de Arte de Cuba.

ni el esplendor artístico desplegado, ni los nuevos conocimientos y visión del mundo, que pudieron haberles aportado dichas culturas a los europeos.

La colonización significó un frustrante proceso de mutilación, castración y desprecio de las fuerzas coloniales hacia las culturas de la época precolombina.

No obstante, el entrelazamiento de regiones tan distantes culturalmente entre sí como Europa y América, fue una proeza genuina para quienes hoy en día medimos más la distancia por el tiempo que demora un fax o un correo electrónico entre ellas, que por la distancia espacial que las separa.

En esa época de grandes limitaciones del conocimiento humano y de oscurantismo religioso, en que la verdad de la ciencia era aplastada por la fuerza de la Iglesia, la colonización europea tuvo un importante rol en el gradual proceso de acercamiento mundial entre las diferentes culturas y este no hubiera sido posible, si en la esfera de las comunicaciones no se hubiera alcanzado un nivel de desarrollo superior respecto al de la etapa precedente.

El conocimiento acumulado en las técnicas de navegación y en la construcción de naves marítimas, fue sin dudas la base tecnológica que posibilitó la mundialización de diversas culturas y el conocimiento entre ellas.

El proceso de globalización al que hoy asistimos, tiene su base en la naturaleza misma del capital y su tendencia a la internacionalización. Pero el proceso de globalización, asumiéndolo como un proceso de interpenetración e interdependencia de las economías nacionales a escala mundial, no es un fenómeno en abstracto, ni supranacional, sino que está ocurriendo en países concretos.

El hecho insoslayable, de que la globalización de la economía mundial ha tenido como escenario de operación, sociedades concretas que involucran a diferentes sectores, grupos humanos e individuos, diferenciables entre sí por sus creencias religiosas, tradiciones, costumbres, hábitos de vida, sistemas de valores ético-morales, etc., significa, que este proceso no ocurre al margen de la cultura, más bien interactúa con ella y en ella proyecta su dinámica de movimiento.

Pensar en la extensa obra cultural de la humanidad y en la extensa creación artística heredada a lo largo de la historia de la evolución de la especie humana, que ha logrado trascender el tiempo y el espacio, nos invita a reflexionar sobre la globalización en la cultura como permanencia de la creación humana a nivel mundial, a nivel universal.

De ese modo, el arte, el genuino, el que representa los más profundos sentimientos humanos y los valores más auténticos de la esencia humana, no tiene fronteras, ni propiedades individuales, es Patrimonio de la Humanidad.

Generaciones a lo largo de estos dos últimos siglos han escuchado con deleite la 9na. Sinfonía de Beethoven y a todas ellas, por encima de sus diferencias, ha logrado transmitirles su aliento de alegría, de optimismo, de fe en el mejoramiento humano.

La cultura, que encierra al arte y que además abarca el legado del conocimiento humano, el sistema de valores ético-morales, las tradiciones, costumbres, gustos, creencias religiosas, concepción del mundo y su ideología, tiene un carácter complejo y contradictorio.

Debemos entonces centrar el debate no en la relación entre cultura y globalización, dado que ésta ha estado siempre presente en el desarrollo de las sociedades humanas.

El debate de nuestros días debe focalizarse en la manipulación que el neoliberalismo ha dado a la globalización en la actualidad, aprovechando al máximo las ventajas y oportunidades del descomunal desarrollo tecnológico ocurrido en las comunicaciones y en particular en la tecnología de la información, que con la digitalización incorpora un elemento cualitativamente nuevo que le da connotación trascendental.

En las últimas décadas de este siglo XX, a punto de finalizar, el Neoliberalismo, – versión moderna del liberalismo que vino al mundo en el siglo XVIII ha basado su dinámica de funcionamiento en la apertura económica y la dominación transnacional.

Según la política neoliberal, para que una economía funcione debe cumplir varias condiciones y entre esos requisitos básicos, se encuentra la reducción del papel económico del Estado y la liberalización de los mercados.

De este modo, numerosas funciones o actividades que por su importancia social respondían a la égida estatal fueron traspasadas al sector privado.

En esa suerte de carrusel el sector cultural ha venido siendo desplazado de la esfera estatal a la privada en numerosos países. Esto ha provocado, que no sean las políticas culturales las guías del avance cultural enmarcado éste en una concepción coherente de desarrollo, sino intereses privados que se mueven en búsqueda de elevadas ganancias.

Es evidente, que el eje fundamental en torno al cual gira el proceso de invasión del capital privado en la esfera de la cultura son las nuevas tecnologías en el sector de las comunicaciones y la informática.

Las tres ramas principales que abarca la industria de las comunicaciones son las telecomunicaciones, la tecnología de la información y los productos audiovisuales.

Estas nuevas tecnologías han sido integradas a redes unificadas e interconectadas de modo tal, que las sociedades actuales han visto transformarse en un breve período de tiempo, las condiciones y los medios de producción, las formas de distribución y estilos de consumo.

Las nuevas tecnologías refuerzan cada vez más la tendencia en el mercado de la cultura, al liderazgo de las industrias culturales las cuales constituyen, *el conjunto de ramas, segmentos, y actividades industriales productoras y distribuidoras de mercancías con contenidos simbólicos, concebidos por un trabajo creativo, organizadas por un capital que se valoriza y destinada finalmente a los mercados de consumo, con una función de reproducción ideológica y social* (Zallo, 1988).

Las industrias culturales no son más que industrias de tipo capitalista porque su objetivo se dirige a la valorización del capital invertido. En este sentido, su tendencia es a la serialización del producto cultural, en la búsqueda de menores costos y altas ganancias.

En este contexto de creciente concentración de la propiedad basada en los preceptos neoliberales, la televisión constituye un importante industria cultural, susceptible de ser atractivamente comercializada.

Ante la política de *desregulación del sector de los medios*, la radiodifusión pública ha visto perder cada vez más espacio. Significa que en un medio cada vez más competitivo, el capital privado, mediante la utilización del cable y el satélite, incrementa el número de horas de transmisión televisiva, con el rasgo distintivo de que la hegemonía la ejercen los programas de entretenimiento, en detrimento de los culturales y de formación de valores.

El Reino Unido y Estados Unidos son los países de mayor dinamismo en ese proceso de desregulación, pero es precisamente Estados Unidos el líder del mercado cultural a nivel mundial en el proceso de actual globalización cultural en tiempo de neoliberalismo.

El mercado de películas y programa de TV, con predominio de la programación de entretenimiento es controlado por Estados Unidos. Las compañías norteamericanas controlan:

- 50% del cine mundial;
- 75 - 80% de la circulación de programas de TV;
- más del 70% de la circulación de videos;
- 50% de los satélites de comunicación;
- más del 60% de las redes mundiales;
- 75% de Internet.

Los programas de TV importados por Iberoamérica proceden en 79% de Estados Unidos. En América Latina del total del tiempo de transmisión de las estaciones y canales televisivos, los Estados Unidos cubren entre el 50% y el 80%.

Según información ofrecida por la UNESCO a principios de 1998, con relación a la dependencia del audiovisual se observa:

- Que los países de Asia, Africa y América Latina importan del 30% al 80% de los programas de televisión y video.
- En el caso de los seriales, la ficción y los dramatizados alcanzan del 70% al 90%, en Chile es de 92%, Colombia 72% y México 72%, a pesar de la fuerte industria del audiovisual de estos dos últimos.

Es obvio, que el control que ejerce Estados Unidos sobre el mercado le posibilita una influencia cultural directa tanto en los países subdesarrollados como en los altamente industrializados.

Es importante destacar, que la industria cultural no se detiene en los límites del mundo audiovisual, sino que se extiende a otros ámbitos de la cultura, como son los alimentos, el lenguaje y la ropa; mediante el incremento de bienes y servicios standarizados de nuevo tipo que colonizan los espacios asociados a las costumbres, valores y tradiciones de los diferentes países y regiones del mundo.

La industria cultural norteamericana es una incansable fabricante de imágenes, mensajes, gustos y valores del modo de vida norteamericano.

Esta *cultura de masas* es, en el plano ideológico, la información genética de reproducción del sistema de vida norteamericano.

Las imágenes que hoy ofrece el sistema de vida norteamericano de los años 90 se caracterizan por la más cruda violencia, la drogadicción, la prostitución, el racismo y lo más triste y denigrante de la condición humana, la pornografía infantil, antes que las imágenes del *American Way of Life* del norteamericano próspero, amante esposo y padre de familia, de linda casita con jardín al frente y buick parqueado ante ella.

La influencia de la industria cultural norteamericana es negativa y su mensaje pseudo cultural amenaza la identidad cultural y la soberanía nacional de los diferentes países y grupos humanos a nivel mundial, dado que el control del mercado y los medios de operación que emplea, no reconocen fronteras, tiempos, ni distancias.

A lo largo del tiempo han existido numerosas definiciones de cultura que han respondido a diversas elaboraciones teóricas, posiciones ideológicas o de clases. Ha sido un concepto de gran amplitud y enorme ambigüedad. Coincidimos con el criterio ofrecido por Rigoberta Menchú, Premio Nobel por la Paz, en Brasil, en ocasión de la Cumbre Regional para el Desarrollo Político y los Principios Democráticos, en 1997, cito:

“...entender la cultura como todo cuanto ha sido creado por un grupo humano o sociedad determinada. Así la cultura engloba el idioma, con conocimientos científicos, instrumentos de trabajo, formas de producir, formas de convivencia y relacionamiento en la sociedad... las formas de organización social, la creación artística, la forma de vestir, la religión etc... Dentro de la cultura tiene un papel esencial el conjunto de ideas y valores que se denominan cosmovisión, es decir, la concepción que se tiene del mundo de las cosas, de la vida y de la muerte... Todos estos elementos que conforman la cultura son los mismos que moldean la identidad.”

La globalización de la cultura no es una simple resultante, consecuencia deseada o no, de la aplicación a gran escala de la revolución tecnológica, que parece permitir el establecimiento de nexos que articulan de modo flexible, las dinámicas de lo local, lo nacional y lo regional llevado a rango mundial, mediante interpenetraciones mutuas de la cultura.

La globalización de la cultura es en la actualidad de modo preferente, una manipulación ideológica más del neoliberalismo por la vía de la tecnología en el área en que se define la identidad de las naciones y grupos humanos: la cultura.

La propuesta del neoliberalismo, como forma única de pensamiento es congruente con la tendencia a la homogeneización de códigos culturales por un lado y el empobrecimiento de la vida espiritual mediante una crisis generalizada de valores – incluso, los defendidos por la clase dominante. Identificarse con sus mensajes, aceptarlos o incluirlos en el modo de vida local o nacional, es alejarse del elemento autóctono, diferenciador, que define la anatomía de los pueblos.

Por otra parte sería comulgar con el culto al mercado, y con la entronización del individualismo, con la ética de sálvese quien pueda.

La diversidad cultural y la creatividad de los pueblos, el pluralismo étnico, el intercambio cultural y la solidaridad humana son meros obstáculos para la reducción de los costos, la valorización del capital y la concentración de la propiedad.

La cultura en tiempos de globalización neoliberal es una vía más de diferenciación entre el grupo de países liderados por Estados Unidos, que producen y distribuyen los filmes, videos, juegos computarizados y programas de TV y aquel otro mayoritario conjunto de países, carentes de la infraestructura tecnológica e informativa – cultural, que no tiene posibilidades de efectuar inversiones inmediatas de capital para transformar su base tecnológica, quedando reducida a la condición de sujetos de consumo.

Tan sólo un ejemplo, Africa en 1995 como promedio tenía 1 línea telefónica por cada 100 habitantes. En Tokio o Manhattan hay más teléfonos que en toda Africa. Sólo 4 de cada 100 africanos tiene receptores de TV.

¿Cómo entonces puede ser el futuro de los pueblos subdesarrollados desprovistos de la infraestructura tecnológica necesaria y lo que es peor aún, desprovistas de políticas culturales que protejan y defiendan su identidad nacional y sus soberanías nacionales ante el impacto desculturalizante de la globalización neoliberal?

Ante un panorama tan complejo, y, aparentemente apocalíptico, la relación cultura y desarrollo puede ser una alternativa de propuesta para la defensa de la identidad y soberanía nacionales, en aquellos países que no poseen un alto desarrollo tecnológico en materia de comunicaciones e informática. Cuando se habla de cultura y desarrollo es pensar una interrelación viva; que debe partir de una concepción del desarrollo, más peculiar, diferente; concepción del desarrollo que debe tener como premisas esenciales:

1. El desarrollo de los seres humanos en todas sus potencialidades y capacidades por lo cual debe ser reconocidos y respetados los derechos esenciales a:
  - a) Nacer y a una infancia segura y protegida tanto por la familia, la sociedad y el Estado.
  - b) Acceso a los servicios médicos y la medicina.
  - c) A la enseñanza gratuita en los diversos niveles.
  - d) A su desenvolvimiento espiritual mediante la posibilidad de expandir sus actitudes creativas.
  - e) Al desarrollo de la creatividad cultural, entendida no sólo en términos artísticos sino también en la ciencia y en la técnica.
  - f) El derecho al trabajo y a una vivienda decorosa.
2. El derecho al reconocimiento de la diversidad cultural y el pluralismo étnico.
3. Derecho a que el enriquecimiento de unos pocos no se traduzca en un crecimiento ilimitado de la pobreza, la marginalidad el desempleo y la inequidad social, como prácticas de la vida cotidiana.

4. Que el concepto de desarrollo no se limite a los éxitos de un conjunto de indicadores macroeconómicos sin tomar en consideración la justicia y la equidad social, y por tanto el desarrollo cultural de la población expresada en su calidad de vida.
5. Que el desarrollo sea un proceso conscientemente dirigido por las personas, ajustado a las leyes que rigen la economía y la sociedad, y no a las leyes ciegas y discriminatorias del mercado, que marginalizan y empobrecen a amplios sectores de la población.
6. Que el desarrollo debe promover y actuar en la conservación y protección de medio ambiente frente a las fuerzas que en búsqueda de intereses individualistas, lo destruyen, poniendo en peligro la sobrevivencia del planeta y la existencia humana.
7. Que el concepto de desarrollo descansa en una sólida y real igualdad de géneros, que haga valer la igualdad de las mujeres a la de los hombres ante la vida.
8. Que el concepto de desarrollo esté basado, en una política económica sustentada en el reconocimiento a la dignidad plena de los seres humanos.

Este enfoque y práctica del desarrollo permitiría que la cultura a nivel nacional se convirtiera en un eje articulador y dinamizador del proceso de reproducción económico y social; y en términos internacionales; que la cultura conserve su papel de intercambio de experiencias, conocimientos, vivencias, expresiones artísticas y solidaridad humana.

Significaría, que el crecimiento económico conduzca a un verdadero desarrollo a través de la cultura, medido este por la elevación en la calidad de vida y el desarrollo espiritual de los hombres y mujeres de los diferentes grupos humanos que componen la sociedad.

Sólo entonces se haría válido un desarrollo sustentable y promotor de la cultura y una cultura articulada al crecimiento económico creadora y estimulante del desarrollo.

Estaríamos entonces celebrando el triunfo de la relación entre cultura y desarrollo, con un nuevo criterio de la dimensión humana.

## RESEÑAS

**FARIÑAS DULCE, María José.** *Globalización, ciudadanía y derechos humanos.* España: Editorial Madrid, 2000.

Considero muy pertinente leer este texto, sobre todo si queremos entender el fenómeno de globalización en el que vivimos, ya que permite al lector realizar una reflexión sociológico jurídica sobre los derechos humanos, y sobre las nuevas formas de relación jurídico-social, dentro de una sociedad que tiende cada día más a la globalización; es decir, a la fragmentación social y cultural de la ciudadanía. El libro es de muy sencilla lectura y fácil comprensión. La autora define términos y conceptos como: globalización, derechos individuales y derechos sociales, entre otros, y además retoma conceptos nuevos como los de “sociedad red” de Manuel Castells y el de “sociedad plural” de Alain Touraine.

Esta reflexión gira en torno de la fragmentación social y cultural de la ciudadanía, en búsqueda y recuperación de identidades perdidas o marginadas, lo cual produce una serie de conflictos y contradicciones específicos y particulares, propios de la globalización. Pero lo relevante del texto no es sólo la definición, argumentación y crítica que se le hace al fenómeno globalizador, sino, además, esta idea de recuperar la necesidad de construir un nuevo camino que nos lleve hacia una sociedad abierta, plural y multicultural, partiendo siempre de la toma de conciencia como acertadamente de la “alteridad” lo señala la autora María José Fariñas Dulce.

Roberto Javier Dircio López

**AZUELA, Antonio.** *La ciudad, la propiedad privada y el Estado.* México: Colegio de México, 1989.

### Introducción

El objetivo de este texto es analizar algunos de los problemas más importantes (sociológicamente) de la propiedad privada en un medio urbano, ya que la urbanización es un tema de gran relevancia en el país, por su generación de transformaciones que han afectado al país en general, y más aún, mostrar la importancia del orden jurídico para cualquier análisis de la organización social del espacio urbano.

Por otra parte, el análisis de la propiedad debe darse en dos dimensiones, por un lado la jurídico-política, y por otro la socioeconómica, ya que de no hacerlo no se podría realizar un análisis real, porque aún con la divergencia entre las dos perspectivas, tienen elementos en común. Uno de estos elementos, el cual será de gran importancia en este análisis, es la propiedad como relación social.

Por último, este libro intenta lograr conjuntar elementos sociológicos con los jurídicos, y demostrar que estos niveles no son incompatibles, y así se constituirá la sociología jurídica.

### 1. La Propiedad Urbana y la Planeación

En este capítulo hay un análisis de la propiedad privada y particularmente sobre asentamientos humanos desde tres diferentes perspectivas. Por un lado, los fundamentos de la legislación urbana y la ideología del Estado posrevolucionario, en especial el debate acerca de la función social de la situación jurídica de la propiedad privada. Por otro lado, se presentan las consecuencias del conflicto político e ideológico que se genera con la iniciativa del ley General de Asentamientos Humanos (LGAH). Finalmente se ve la relación que existe entre la legislación y el desarrollo de la planeación como actividad burocrática.

Respecto de la función social de la propiedad, hay varias perspectivas, como la cristiana, en donde se acepta la propiedad privada como riqueza individual a condición de que ésta sirva al bien común. Por otra parte, en el pensamiento jurídico moderno, hay una postura que ha influido en toda América Latina de manera importante, que fue la de León Duguit, una postura positivista apoyada en la idea comtiana de interdependencia social. Su idea principal de propiedad concibe al propietario como necesario dentro del orden social; es decir que cumple una función social y dependerá de esa función para tener propiedad. Esta idea ha sido bien utilizada por el Estado para controlar las facultades del propietario.

Respecto del análisis del surgimiento de la Ley General de Asentamientos Humanos (1976), la cual surge de las modificaciones a los artículos 27, 23 y 115 constitucionales, como respuesta a la propiedad privada. También hay un recuento de sucesos de importancia que desembocan en dicha ley. Posteriormente se explican

algunas consecuencias generadas por la iniciativa, por ejemplo la reacción empresarial, cuya principal objeción era que constituía un atentado contra la propiedad privada. La presión empresarial y, finalmente, la presión de su aprobación, generan que en los Estados también se promulguen leyes equivalentes.

Antes de la aprobación de la LGAH se presentan tanto posturas jurídicas como sociológicas. Dentro de las concepciones de los juristas, había una relativa aceptación. Una de las críticas más fuertes la realizó Ignacio Burgoa, y su fundamento era que la iniciativa era anticonstitucional. Por otra parte, los sociólogos urbanos caen en el mismo papel que los empresarios al analizar la propuesta desde un punto de vista ideológico (intencional) y no desde el punto de vista normativo y, por tanto, pierden el control sobre sus planteamientos.

Finalmente dentro del marco del régimen legal de planeación hay un análisis del cómo "...el régimen de propiedad urbana en nuestro país esta ligada a un proceso más amplio de transformación, es decir la institucionalización de la planeación..." (Azuela, 1989, pp. 56).

Dicha institucionalización no se logra solo mediante la LGAH, sino abarca un proceso tanto anterior como posterior a 1976, en donde se involucran múltiples actores. Uno de ellos fue el aparato burocrático el cual adquiere importancia al acumularse organismos, programas, comisiones y varios profesionales en problemas urbanos y regionales. De esta manera el aparato burocrático fue condición para el surgimiento de la LGAH entre otros factores.

Por ello se realiza un (breve) recuento del surgimiento de la planeación en nuestro país con respecto a la propiedad urbana, de esta manera se puede observar el aumento tan grande que se da con la intervención del Estado.

## **2. La Formación de la Propiedad en las Colonias Populares**

El eje de análisis en este capítulo es el proceso social mediante el cual se forman nuevas relaciones de propiedad y que en apariencia ocurre al margen del orden jurídico, es decir, lo que se denomina "asentamientos irregulares". Este proceso es la vía por la cual adquiere propiedad una gran masa con bajos ingresos. Se pone especial énfasis en el análisis jurídico (ya que casi no se ha realizado) de la tendencia irregular, es decir, cuando los habitantes de un barrio ejercen la posesión del predio, pero no la propiedad.

Se presentan el análisis en dos situaciones, cuando las colonias populares surgen en terrenos de propiedad civil y cuando surgen en propiedad ejidal o comunal. Cuando las colonias populares surgen en terrenos de propiedad civil (también se le llama propiedad privada) pueden darse de varias maneras, en este texto se verán dos formas por fraccionamiento o por ocupación directa o invasión. "Por fraccionamiento" es el mecanismo más común en México y ocurre cuando se fracciona un lote, el problema de esto es que hay reglamentos legales para regular dicho fraccionamiento y hay límites mínimos del terreno, ya que al dividir el predio se requieren mayores servicios, que el Estado esta obligado a cubrir, por tanto incurrirá en un delito, toda persona que

fraccione un terreno fuera de los postulados legales. Dada la importancia y la frecuencia de este fenómeno el gobierno se ha visto obligado a tolerar la formación de colonias populares por este mecanismo. Por otra parte existen otros problemas como cuando se fracciona y vende un terreno a varios compradores, ya que el comprador inicial no toma posesión inmediatamente, entonces comienzan los problemas de carácter legal en donde el Estado funge como mediador. Otro conflicto surge cuando el fraccionador no cumple con los reglamentos establecidos y no introducen la infraestructura básica, esto ocasiona que los habitantes exijan al Estado la incorporación de los servicios por diferentes vías legales. Por invasión se entiende la entrada directa a un predio sin o en contra de la voluntad del propietario. Este fenómeno se comenzó a dar de manera importante en el Distrito Federal en las décadas de los años 20 y 30, especial mente en la década de los 30as, ya que fue cuando se dio con mayor fuerza la entrada de población al Distrito Federal. La solución que le daba el Estado era expropiar la tierra y realizar una compensación al propietario afectado, pero en 1941 se instituyó el Reglamento de las asociaciones Pro Mejoramiento de Colonias del Distrito Federal, por Javier Rojo Gómez, con la cual se le otorgaba cierta legitimidad a las colonias populares sin poner en tela de juicio los derechos del propietario. En este capítulo se presenta un estudio de caso, el caso de la colonia Ajusco. En el caso del surgimiento de colonias populares en terreno comunales o ejidales es importante decir que esta circunstancia es trascendental, ya que con la Ley General de la Reforma Agraria de 1972 se da la posesión de la tierra al campesinado, pero a diferencia de la propiedad privada esta sujeta a otros reglamentos. El principal fundamento de este tipo de propiedad es que la propiedad esta en función del núcleo poblacional al que se refiera, sin embargo esto acarrea distintos problemas, como el que la administración de la tierra este en unas cuantas manos. No hay que olvidar que la razón principal del surgimiento de colonias populares en estos terrenos es el crecimiento urbano. Por esta reglamentación especial de que goza este tipo de tierra cuando se da la posesión de la tierra en estas tierras se exigen ciertas condiciones para la formación de dichas colonias, sin embargo los líderes y los funcionarios no protegen a los campesinos, sino cumplen otros intereses.

### **3. Política Habitacional y Formas de Propiedad**

Este apartado trata por un lado, las formas por las cuales se ha otorgado la vivienda oficial en este país, y por otro, hay una serie de reflexiones sobre el papel de algunas de estas formas jurídicas. No se debe olvidar que esta política de vivienda nace de una propuesta de ley que emana del Partido Popular Socialista, y se plantea en los siguientes términos “toda familia tiene derecho a tener una vivienda digna y decorosa” (Ibid, pp. 131). Estos mecanismos se han manifestado de distintas formas, desde los años cuarenta aparecieron intentos por restringir la propiedad de los beneficiarios, donde el Departamento del Distrito Federal se adjudicaba los lotes de la colonias proletarias, bajo el régimen del patrimonio familiar, estas son una serie de

restricciones que se utilizaron con la finalidad de proteger jurídicamente a la familia y a las comunidades. En este capítulo hay un análisis del régimen del patrimonio familiar, de los artículos que la sustentan y sus modificaciones. También se instituyó en los años cuarenta un sistema de arrendamiento después de la construcción de grandes unidades habitacionales para cubrir la necesidad de vivienda de un gran masa de población, sin embargo se dejó de instituir dicho proceso ya que con el tiempo, el mantenimiento de la viviendas sobrepasaba por mucho el costo del arrendamiento y el arrendamiento no se utilizaba para ello, en lugar de utilizarse en la construcción de nuevos conjuntos, en este capítulo se encuentra un estudio de caso de una unidad habitacional, la Unidad Habitacional Nonoalco-Tlatelolco. Dada la tendencia a la asignación de viviendas como propiedad privada que se observaba desde los años sesenta se crea en 1972 el Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda (INFONAVIT). Esto crea un nuevo reglamento para que la población que no tiene vivienda pueda adquirir una, en este punto hay un análisis de algunos problemas a los que se enfrenta este instituto y algunos de sus postulados fundamentales.

Por último se realiza el análisis del Programa Renovación Habitacional Popular (PRHP9), el cual nace en la crisis de la vivienda después del terremoto de 1985, en donde se puso en tela de juicio el régimen de propiedad. En este caso hubo una expropiación de cuatro mil predios para ser entregados como propiedad privada a los damnificados, con ello nace el régimen de propiedad en condominio vecinal .

#### **4. La Propiedad Privada en la Sociología Urbana**

En este capítulo hay un análisis de los debates de corte sociológico, que se han realizado en torno a la propiedad urbana , esto por un lado y por otro, demostrar que hay una limitación en el conocimiento jurídico de la propiedad, es decir, hay desconocimiento. En los años sesenta hubo una escuela predominante sobre sociología urbana, esta era la de una economía política de la urbanización, y esta a su vez, tenía dos vertientes: una que privilegia el análisis de la producción del medio construido, mientras que la otra vertiente privilegia los procesos de consumo en el medio urbano. En este capítulo se presenta el debate sobre sociología urbana, tanto los que emanan del marxismo, como los que devienen a partir del estructuralismo y la Escuela de Chicago, también sobre la teoría de la renta . Por otro lado se trata también el problema de la vivienda, ya que ha sido un tema de gran trascendencia en todo el análisis urbano, especialmente el arrendamiento. A partir de los años setentas se realiza este análisis, con la finalidad de definir claramente tanto a los inquilinos, como a los caseros, esto con el objetivo de demostrar que son clases sociales. Por último se realiza un análisis histórico de la cuestión habitacional en donde el eje fundamental termina siendo la intervención del Estado. Dicha intervención se logra a partir de los jurídicos.

## **5. El Derecho como Condición de la Propiedad**

En este último capítulo se dedica a explicar por que el derecho es parte constitutiva –y por tanto condición- de la propiedad y las condiciones de propiedad, que necesita que se incorpore el contenido normativo del régimen de propiedad al análisis sociológico, que dicho régimen no necesariamente tiene que coincidir con las definiciones del discurso jurídico y que el contenido jurídico de propiedad ha dejado de responder a una definición universal, ya que están formados por distintos conjuntos normativos, los cuales a su vez van modificándose constantemente, por la acción de los aparatos burocráticos. Finalmente se explica la interrelación del nivel jurídico con el nivel socioeconómico y con el político.

David Ulises Aguilar Viniestra.