

Travesías

POLÍTICA, CULTURA Y SOCIEDAD EN IBEROAMÉRICA

AÑO I - Nº 1 - JULIO - DICIEMBRE 1996



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA
SEDE IBEROAMERICANA. LA RABIDA.



REVISTA

TRAVESIAS. Política. Cultura y Sociedad en Iberoamérica.

DIRECTOR:

Joaquín Herrera Flores (Universidad de Sevilla. España).

SECRETARIO DE REDACCIÓN:

David Sánchez Rubio (Universidad de Sevilla. España).

CONSEJO EDITORIAL:

Horacio Cerutti-Guldberg (Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos, UNAM, México); Carlos M. Cárcova (Universidad de Buenos Aires, Argentina); Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Instituto Brasileño de Estudios Jurídicos, Universidad Federal del Paraná, Brasil); Modesto Saavedra (Universidad de Granada, España); Víctor Moncayo (Facultad de Derecho, Universidad Nacional, Colombia); Benny Pollack (School of Politics and Communication, University of Liverpool, Reino Unido); Alberto Filippi (Univertita degli Studi di Camerino, Roma, Italia); Jose Eduardo Faria (Universidad de São Paulo, Brasil); y Juan Marchena (Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana Santa María de La Rábida, Huelva, España).

CONSEJO ASESOR:

ARGENTINA: Enrique Mari, Arturo Andrés Roig, Alicia Ruiz, Jorge Douglas, Diego Duquelsky y Juan Pegoraro. BOLIVIA: Julieta Montaña. BRASIL: Theotonio Dos Santos, Amilton Bueno de Carvalho, Edmundo Lima de Arruda Jr., Antonio Carlos Wolkmer, Clemerson Merlin Cleve y Miguel Pressburguer. COLOMBIA: Héctor Moncayo y Germán Palacio. COSTA RICA: Franz Hinkelammert y Eduardo Saxe Fernández. CUBA: Pablo Guadarrama. CHILE: Manuel Jacques y Rodrigo Calderón. EL SALVADOR: Antonio González y Benjamín Cuéllar. ESPAÑA: Antonio Enrique Pérez Luño, Juan Ramón Capella, Ramón Soriano Díaz, Javier de Lucas, Antonio Hermosa Andújar, Juan Antonio Senent de Frutos, Vicente Theotonio, Eloísa Díaz Muñoz, Jesús Muñoz de Priego, Félix Salvador, Sebastián de la Obra y José María Seco. ESTADOS UNIDOS: Ofelia Schutte y Helen I. Safa. FRANCIA: Juan Carlos Garavaglia. MEXICO: Oscar Correas, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Jorge Witker, José Emilio Rolando Cifuentes y Mario Magallón Anaya. PERU: Ernesto de la Jara. PORTUGAL: Boaventura de Sousa Santos. REINO UNIDO: Lewis Taylor. VENEZUELA: Héctor Silva Michelena y Heinz R. Sonntag.

Edita: UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA,
SEDE IBEROAMERICANA SANTA MARÍA DE LA RÁBIDA

Maquetación e impresión: TECNOGRAPHIC, S.L.

I.S.S.N.: 1136-8780

Depósito Legal: SE-1.692/96

POLÍTICA Y LEGITIMACIÓN: EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

*Luiz Fernando Coelho**

1. El referente de la Teoría Crítica del Derecho

El tema de la legitimidad y sus articulaciones con el Derecho, el Estado, la Democracia, la separación de poderes, los derechos humanos, puede ser estudiado bajo diversos enfoques informados por la ciencias sociales. En esta coherencia me propongo estudiarlo, desde la perspectiva de lo “político”, en una reflexión que tiene como referente a la *Teoría Crítica del Derecho*¹.

La Teoría Crítica del Derecho (TCD) viene a ser una conjunción interdisciplinar de puntos de vista sobre los efectos sociales de la concepción tradicional del Derecho -a la que se acordó denominar Dogmática Jurídica-, de su práctica en los cargos y profesiones jurídicas con especial atención al ejercicio libre de la abogacía y a la magistratura.

En una comprensión superficial puede ser definida como una teoría “impura” del Derecho, pues parte de determinados presupuestos que se oponen a los utilizados por Hans Kelsen en su “Teoría Pura del Derecho” y, de la misma forma, a los fundamentos tradicionales de la concepción dogmático-positivista del Derecho. Constatando que tal entendimiento del saber jurídico pretende una ciencia neutra, esto es, exenta de elementos de carácter ideológico, la TCD lo rechaza, pues afirma que el saber jurídico *no es* neutro, sino que está envuelto en una gama infinita de presupuestos ideológicos, los cuales trata de desvelar y desmitificar. Su propuesta, de este modo, es que el saber jurídico se despoje de la alienación inducida por la ideología y que se torne conscientemente comprometido en una tarea continua de autotransformación y al mismo tiempo promover la transformación de los individuos, de las sociedades y de sus derechos, compromiso en fin en una praxis de transformación social, en la estela de la undécima tesis de Marx².

En el plano epistemológico, la TCD, a partir de Popper y Bachelard, considera que el jurista es parte integrante de la sociedad en que vive y que lo que ella es, es el resultado de su participación juntamente con la de otros individuos en un mismo campo social. Ese enunciado denota lo que yo denomino una *Dialéctica de la participación*, imprescin-

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Federal de Paraná (Brasil).

¹ Coelho, Luiz Fernando, *Teoría Crítica do Direito*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Fabris. Edit. también *Una Teoría Crítica del Derecho*, en *Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica en memoria y homenaje al catedrático Don Luis Legaz y Lacambra*, org. por José Iturmendi Morales y Jesús Lima Torrado, Universidad Complutense, Madrid, 1985.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, 2ª ed., revisada y ampliada, São Paulo, Acadêmica, 1995.

² Marx, Karl, *Teses sobre Feuerbach*, São Paulo, Alfa Omega, Col. Obras escolhidas.

dible para el pensamiento crítico actual y que exige la articulación permanente entre lo jurídico y lo político, y entre éstos y lo social, eliminando la idea -vieja pero aún presente en los cursos jurídicos- de que el Derecho es un saber aparte y que no cabe implicar la ciencia jurídica con la política, la filosofía, la sociología, la religión y la moral.

Desde un punto de vista metodológico, esa concepción crítica traduce una interdisciplinariedad que abarca en el mismo espacio teórico los diferentes aspectos de lo social, los cuales en la tradición positivista constituyen objetos de análisis estancos, separados por sus respectivas ciencias.

Otro aspecto a destacar es que esos objetos son considerados por los paradigmas del positivismo como algo estático, lo cual la dialéctica de la participación tiende a superar al darse cuenta de que la interdisciplinariedad es un proceso dialéctico, objetivo y dinámico.

El saber jurídico tradicional en su análisis del fenómeno jurídico parte de una serie de principios generales, postulados como pretendidamente científicos o racionales y pretendidamente éticos en un sentido universal. La TCD denuncia el carácter ideológico de tales principios y los desenmascara por estar fundados en mitos, creaciones imaginarias en las cuales simplemente se cree sin verificarse si corresponden a lo real concreto. En el Derecho tradicional esos mitos se presentan en forma de mentiras técnicas, travestidas de falso carácter científico, aunque firmemente amparadas en una elaboración filosófica milenaria.

Ese mismo tipo de saber dogmático presupone una separación entre la teoría y la experiencia, entre la Ciencia y la Técnica del Derecho, entre la doctrina jurídica y la actividad profesional. La TCD, en contraposición, exige que el trabajo teórico del jurista desemboque efectivamente en una praxis, que sólo se realiza por medio de una acción consciente orientada hacia la mejora de la calidad de vida de las personas y de los pueblos, o sea, hacia una efectiva transformación social.

Los conceptos de legitimidad, tales como los de Democracia y Derecho y, de esta forma, la consideración de las relaciones entre ellos, dimanar, por tanto, de un contexto teórico que se forma por el estudio dedicado a aquellos presupuestos, comprendidos en la filosofía positivista y elaborados dentro de un paradigma positivista de ciencia.

La médula de estas cuestiones radica en la debida comprensión del problema de la ideología, categoría del pensamiento crítico que cuando se articule con otras como las de alienación y praxis, así como con la de sociedad, también postulada como categoría crítica, nos va a conducir a un nuevo modo de concebir el Derecho, el Estado, la Democracia y la legitimidad del poder social. Este nuevo enfoque vuelve sus ojos hacia un orden social que es dinámico y actuante en relación al comportamiento de los individuos y de los grupos sociales. En esta comprensión, el concepto de Democracia y de algunas nociones correlativas como la de Estado de Derecho es incompatible con la noción de un orden jurídico estático, pues denuncia su distanciamiento del contexto social real y su integración en aquel espacio ideológico constituido por los mitos.

2. El Derecho como crítica social: antecedentes históricos

Trataré ahora de reunir algunos elementos que puedan ser considerados como un contexto en el que, en la historia del pensamiento, la experiencia jurídica se afirma como crítica social y converge hacia el actual pensamiento crítico, cuya expresión más significativa tiene lugar en Iberoamérica. Haré una breve referencia a los antecedentes remotos, antes de ocuparme de la crítica del Derecho en algunos países de lengua española y en Brasil.

En la tragedia "Antígona" narra Sófocles el drama del personaje que, llevado a juicio por haber desobedecido las órdenes del tirano, que le prohibían dar sepultura a su hermano, se refiere a la existencia de la ley superior de los dioses, cuya obediencia era preferible a obedecer las leyes del soberano.

En Platón la justicia no es solamente la virtud del equilibrio entre el coraje, la sobriedad y la sabiduría, sino también una idea, que el filósofo hipostasiaba en su república ideal y que debería concretarse en las acciones y en las leyes de los hombres.

Para Pitágoras y Aristóteles, justicia es el equilibrio en la distribución de los bienes -justicia distributiva- así como la reciprocidad en los intercambios privados -justicia conmutativa-. En Cicerón, como por lo demás durante toda la Edad Media, se negaba a la ley injusta el carácter de ley. En Hobbes la justicia se confunde con la ley, lo que permanece entre los positivistas de modo general. Y Hegel revive el concepto platónico tratando de concebirla como algo-en-sí a concretarse en la historia para realizarse como libertad. Y a la filosofía cristiana se debe la introducción del concepto de justicia social, en el que el criterio aristotélico del equilibrio deja de ser la proporción matemática del mérito y pasa a ser la necesidad.

La Filosofía iluminista presidió la formación del concepto jurídico de "igualdad", el cual impregnó las revoluciones burguesas, expresadas en el Bill of Rights, en la Magna Carta y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y así, tomó status jurídico normativo la lucha ideológica contra los absolutismos que cercenaban la libertad individual, erigiéndose el principio de igualdad ante la ley entre los presupuesto de validez universal de los órdenes jurídicos contemporáneos. En Rousseau, como en Kant, la justicia es igualdad jurídica, y la ley es justa cuando dimana de una fuente de legitimidad incuestionable: la voluntad general en Rousseau y el imperativo categórico en Kant.

Las posturas de Rousseau y Kant, en la medida en que proporcionaban legitimidad a esas fuentes o fundamentos del Derecho, contribuyeron también a dar legitimidad a la ley positiva como expresión racional de esos derechos y, por tanto, a identificarla con la justicia.

El momento culminante de la identificación entre Derecho y Ley tuvo lugar a finales del siglo XIX cuando se procedió a la legitimación del Estado occidental y de la democracia liberal como suprema forma de organización política. Se consolidó también la concepción dogmática del Derecho, cuya legitimidad debería radicar, ya no más en factores metajurídicos, tales como la voluntad divina, el Derecho natural o la abstracta voluntad del pueblo, sino en elementos científicos extraídos de su propia estructura racional. En la concepción dogmática el Derecho es válido en sí y por sí, considerado el único Derecho, estatal y racional y, por tanto, legítimo por sí mismo.

Se sabe que el positivismo se desvaneció en las dos guerras mundiales y, pasada la catástrofe europea, se produjo el llamado renacimiento del Derecho natural, como especie de antídoto al positivismo.

Si en Italia, Francia y Alemania, el retorno al Derecho natural fue obra de los juristas filósofos, como Del Vecchio, Stammler y Radbruch, en los Estados Unidos éste ocurrió por obra de los jueces, donde la Suprema Corte, después de las vicisitudes de la década de los treinta, acabó por adoptar las teorías de la Escuela Sociológica para quien la finalidad del Derecho es resolver problemas sociales y no mantener principios. En la visión de aquella escuela, los precedentes judiciales deben ser interpretados a la luz de las situaciones sociales cambiantes, deben actualizarse y no permanecer apegados a la verdina de prin-

cipios y dogmas superados. Un ala extrema de la *Sociological School*, denominada Realismo jurídico, definió el Derecho de manera más prosaica: el Derecho no son las leyes, ni los precedentes, sino aquello que los tribunales deciden.

Pero el problema de la Justicia, o más específicamente, el de la postura ética de los jueces ante la ley injusta sólo se volvió agudo en el siglo XX por el surgimiento de las dictaduras y totalitarismos modernos. Tomó cuerpo entonces la doctrina del Derecho político de resistencia, incorporando más tarde, en Alemania, la teoría de la desobediencia civil ante las leyes que atentaban contra los más elementales derechos humanos. Esa doctrina, en los Estados Unidos de la década de los sesenta, fue utilizada para legitimar los movimientos contra la segregación racial y contra la guerra del Vietnam.

¿Cómo se comportaría el magistrado, entonces, ante la ley injusta?

¿Puede una ley ser considerada “Derecho” sólo porque agrada a un Hitler, a un Stalin o a algún déspota latinoamericano sustentado por la C.I.A.? ¿Puede un juez negarse a aplicar una ley alegando problemas de conciencia? ¿Y como quedan las cuestiones éticas relacionadas con la eutanasia, el aborto y la pena de muerte? ¿Debe el magistrado proceder a la ejecución judicial de la pequeña propiedad del agricultor, sólo porque la ley, conseguida a costa de los escandalosos *lobbies* que infestan las asambleas legislativas y los parlamentos de modo general, beneficia a los banqueros que prestan dinero al agricultor?

El cuestionamiento vale para el problema de la deuda externa que, bajo el pretexto de financiar proyectos de desarrollo, consolidó el estatuto del colonialismo económico, sustituto del viejo colonialismo político.

En suma, éstos son los antecedentes históricos que precedieron a lo que actualmente se denomina pensamiento crítico.

No es, sin embargo, a esos antecedentes a los que me refiero especialmente, sino a los acontecimientos que propiciaron un despertar contemporáneo de la conciencia crítica en el Derecho y el desarrollo de teorías jurídicas alternativas que ahora convergen hacia una *Teoría Crítica del Derecho*. Es claro que cualquier análisis histórico es necesariamente parcial y discutible, pero creo poder privilegiar algunos factores particularmente importantes.

El primero de ellos es la tendencia hegemónica de los Estados Unidos en la América Latina, cuyo sustentamiento ha sido la tónica de la política externa americana para la región. O sea, las políticas llevadas a efecto por los liderazgos dominantes, desde que la hegemonía americana substituyó a las antiguas dominaciones coloniales europeas -me refiero a Inglaterra, Portugal y España y, en menor grado, a Francia y Holanda-, fueron siempre influenciadas por la política externa americana, a ejemplo de la doctrina Monroe: “América para los americanos” del inicio del siglo XIX y de la “Alianza para el Progreso” de los años sesenta.

La exacerbación de esa hegemonía, según la cual los intereses económicos de los Estados Unidos deberían ser defendidos a cualquier coste, llevó a que todas las tentativas de liberación inspiradas por el pensamiento socialista fuesen sofocadas, aun de modo sangriento, en nombre de la defensa de los valores cristianos, de la familia, de la tradición y de la propiedad.

Un segundo factor fue el triunfo, aunque efímero, del frente político de Salvador Allende en Chile, con su propuesta de instaurar el socialismo por la vía democrática.

Y el tercer factor fue la generalización de las dictaduras militares en el continente, que se inicia con la toma del poder por los militares en Brasil en 1964, seguida por la dictadura Pinochet en 1973 en Chile y por la dictadura Videla en 1976 en Argentina.

Tales acontecimientos forjaron un ambiente favorable al pensamiento crítico, en el seno de una intelectualidad orientada hacia las necesidades de transformación social.

El primer factor produjo un pensamiento, por así decir, “desarrollista” dentro de un contexto influenciado básicamente por la filosofía cristiana y en menor grado por las corrientes existencialistas entonces en boga, particularmente de Heidegger, Sartre y Gabriel Marcel.

La intelectualidad académica abrió espacio a reflexiones sobre el funcionamiento del Estado, sistemas políticos, partidos políticos, acceso a la justicia etc., y aunque bajo la égida de conceptos y categorías de la filosofía tradicional, se advierte la gran influencia del pensamiento social cristiano, el cual se manifestó a través del movimiento Acción Católica.

Nótese que en Brasil después del golpe militar de 1964, la Acción Católica fue perseguida, algunos de sus líderes presos y exilados, cuando no desaparecidos, bajo la acusación de haber constituido un ala del Partido Comunista. Y es que la Acción Católica se ejercía en varios segmentos de la sociedad, tratando de captar a los jóvenes para la Juventud Obrera Católica (JOC), Juventud Estudiantil Católica (JEC) y Juventud Universitaria Católica (JUC).

Ya entonces se delineaba una concepción anticonservadora del Derecho y se esbozaba una teoría del Derecho como espacio de lucha, inspirada en la “Lucha por el Derecho” de Ihering.

Fue ese mismo contexto el que afrontó más tarde el desafío histórico propuesto por la Unidad Popular en Chile, en el sentido de una transición pacífica hacia el socialismo.

Recordemos que la lucha de clases en Marx asume la forma de un proceso dialéctico inexorable, aplicación de la tesis hegeliana de la destrucción de los contrarios para engendrar una síntesis superior. Las tesis dominantes de la izquierda se fundamentaban en esa ortodoxia, y pensadores socialistas como Stucka, Vichinski y Pasukanis proporcionaban una base teórica para la comprensión del Derecho como “reflejo” de las relaciones de producción o mera expresión de la voluntad de la clase dominante; siendo que la lucha por el socialismo exigía naturalmente la revolución, con la toma del poder por los campesinos y obreros y la destrucción de la burguesía. La acción política era inspirada por la revolución cubana de 1959 siendo Castro y Che Guevara los héroes de la nueva izquierda.

Sin embargo, el abandono de esas posiciones cuando se vislumbró la posibilidad de una transformación pacífica -recuerdo que me refiero al contexto latinoamericano- abrió espacio para el euro-socialismo en la América Latina, a través de Gramsci, Althusser, Foucault y Poulantzas.

Vamos al tercer factor. Las dictaduras militares instaladas en el continente produjeron todo tipo de excesos que tradujeron un terrorismo de Estado: eso produjo un rescate de los ideales democráticos y un nuevo retorno al Derecho Natural por la toma de conciencia en el sentido de la restauración de la Filosofía de los valores y del principio de la dignidad de la persona humana, pero, sobre todo, por la lucha por los derechos humanos. Todo eso condujo a que a partir de los años 80 se pasase a repensar el papel del Derecho y de los juristas, pero a partir de las líneas alternativas de pensamiento, en las que se destacan tres grandes orientaciones, a las cuales denominé *sociológica, alternativista y crítica*.

a) La orientación sociológica quedó marcada por la discusión de los sistemas políticos bajo el enfoque de la sociología positivista, que tenía en la exigencia de científicidad -según la concepción positivista de ciencia- uno de sus fundamentos. Tuvo el mérito de apartar las consideraciones puramente especulativas que, bajo la influencia de la tradición filosófica europea, eran predominantes; lo que ocurrió entonces fue una reaproximación a

la realidad social, una primera desmitificación de los valores putrefactos del idealismo ingenuo que la educación académica inspiraba. Temas como el hambre y la miseria, la concentración de renta, el trabajo esclavo en las zonas rurales, el analfabetismo, la situación de los negros, de las mujeres, las minorías y los excluidos de todo tipo afloraron a la superficie y sepultaron la ufanía brasileña que consideraba a Brasil el “país del futuro”, y al brasileño un hombre feliz porque “nuestro cielo tiene más estrellas”.

Se puede afirmar que, bajo la influencia del marxismo, esa vertiente sociológica que ostenta nombres como Caio Prado Jr.³, Florestan Fernández⁴, Sérgio Buarque de Hollanda⁵, Nelson Werneck Sodré⁶, Fernando Henrique Cardoso⁷, actual Presidente de Brasil, Otavio Ianni⁸, Raimundo Faoro⁹, entre otros, abrió camino a una *Sociología del Conflicto*¹⁰, que trató de superar la vieja sociología del orden y reaproximar la intelectualidad a la praxis social.

b) La segunda orientación se desarrolló, al menos en Brasil y en Argentina, bajo la influencia de la teoría del “Uso Alternativo del Derecho”, nacida en Italia, a través del movimiento denominado “Magistratura Democrática”.

³ Prado Jr. Caio, -*Histórica Económica do Brasil*, 12ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1970.
- *Evolução Política do Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 1979.

⁴ Fernandes, Florestan, *A Revolução burguesa no Brasil (ensaio de interpretação sociológica)*, Rio de Janeiro, Zahar, 1975.

⁵ Buarque de Hollanda, Sérgio, - *História Geral da Civilização Brasileira*, 9 vols., São Paulo, Difel, 1977.
- *Raízes do Brasil*, 23ª ed., Rio de Janeiro, José Olimpio, 1991.

⁶ Sodré, Nelson Werneck, - *História da Burguesia brasileira*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1964.
- *Evolución Social y económica del Brasil*, Buenos Aires, Universitaria, 1965.
- *As razões da independência*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, (Retratos do Brasil, 39), 1969.
- *Síntese da história de cultura brasileira*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, (Retratos do Brasil, 78), 1980.

⁷ Cardoso, Fernando Henrique, - *Capitalismo e escravidão na América Latina*, São Paulo, Difel, 1962.
- *Mudanças sociais na América Latina*, São Paulo, Difel, 1972.
- *Dependência e Desenvolvimento na América Latina*, Rio de Janeiro, Zahar, 1970.
- *O modelo político brasileiro*, São Paulo, Difel, 1972.

⁸ Ianni, Otávio, - *Estado e capitalismo*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1965.
- *Estado e Capitalismo no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1975.
- *Estado e Planejamento Económico no Brasil (1930-1970)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1977.

⁹ Faoro, Raimundo, *Os donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 5ª ed., Porto Alegre, Globo, 2 volúmenes, 1979.

¹⁰ Fernandes, Florestan, *Fundamentos empíricos da Explicação sociológica*, 4ª ed., São Paulo, T.A. Queiroz, 1980.

Tuvieron gran influencia en América Latina el español López Calera¹¹, el italiano Pietro Barcellona¹², y los franceses André Jean Arnaud¹³ y Michel Miaille¹⁴. Además del movimiento italiano de la magistratura democrática, se debe registrar el francés de la "Association Critique du Droit", cuyos escritos y conferencias repercutieron en toda Iberoamérica. Yo mismo tengo en mi currículum el orgullo de haber sido el presentador y traductor de las conferencias de Michel Miaille en la Universidad Federal de Santa Catarina.

c) En Argentina, el movimiento crítico se manifiesta desde el Congreso Internacional de Filosofía Jurídica, realizado en 1975 en la Universidad de Belgrano, reuniendo nombres como Enrique Mari¹⁵, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman¹⁶ y Carlos María Cárcova¹⁷. En Brasil, el movimiento crítico, aunque manifestado en diversos centros de cultura jurídica -como es el caso de Roberto Lyra Filho¹⁸, de la Universidad de Brasilia, en trabajo conjunto con José Geraldo de Souza Jr, con su "direito achado na Rua"¹⁹- tiene una importantísima expresión. Es importante también su repercusión en el campo de la Sociología del Derecho con especial relieve para la producción teórica del profesor José Eduardo Faria, de la Universidad de São Paulo²⁰.

11 López Calera, Nicolás María, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Presval, 1978.

12 Barcellona, Pietro e Cotturri, Giuseppe, *El Estado y los Juristas*, Barcelona, Fontanella, 1976.

13 Arnaud, André-Jean, - *Les Juristes face à la société du XIXe. siècle à nos jours*, París, P.U.F., 1975.

- *Critique de la raison juridique*, París, LGDJ, 1981.

14 Miaille, Michel, - *Uma introdução crítica ao Direito*, Lisboa, Moraes, 1979.

- *El estado del derecho*, Puebla, Universidad autónoma de Puebla, 1985.

15 Mari, Enrique E., *Neopositivismo e Ideologia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974.

16 Entelman, Ricardo, *El discurso jurídico como discurso del poder. La Ubicación de la función Judicial. Inteno de análisis en el contexto teórico de la "teoría crítica del derecho"*. Comunicación al primer congreso internacional de Filosofía del Derecho, La Plata, 1982.

17 Cárcova, Carlos, *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

18 Lyra Filho, Roberto, - *Para um direito sem dogmas*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1980.

- *O que é direito?*, São Paulo, Brasiliense, 1982.

19 Souza Jr., José Geraldo de, - *Para uma crítica da eficácia do direito*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1984.

- (ed.) *O direito Achado na Rua*, Curso de Extensión Universitaria a Distancia, Brasília, UnB, 1987.

20 Faria, José Eduardo, - *Poder e Legitimidade*, São Paulo, Perspectiva, 1978.

- *Eficácia Jurídica e violência Simbólica*, São Paulo, EdUSP, 1988.

- (ed.), *A crise do direito numa sociedade em mudança*, Brasília, EdUnB, 1988.

- *Direito e economia na democratização brasileira*, São Paulo, Malheiros, 1994.

Aún más, se puede hablar del llamado “grupo de Derecho Alternativo” formado especialmente por magistrados del Estado de Río Grande do Sul²¹ pero extendido por todo el país.

Esa crítica sin embargo tiene lugar dentro de la Dogmática Jurídica y parte de elementos teóricos provenientes de la filosofía marxista y de la semiología. De entre los precursores de ese pensamiento crítico, sería imperdonable omisión dejar de recordar el nombre de Luis Alberto Warat²², de la Universidad Federal de Santa Catarina, por la influencia que ejerció y aún ejerce en la juventud académica brasileña.

Se parte del carácter lagunar del discurso jurídico, lo que exige una labor hermenéutica permanente, tarea que no es únicamente técnica o analítica, sino sobre todo política, en la que intervienen factores surgidos de la hermenéutica jurídica contemporánea, como la tópica de Viehweg, la nueva Retórica de Perelman y una reviviscencia de la filosofía de los valores y del Derecho natural, pero despojados de su idealismo ingenuo.

Ahora, sin embargo, ese trabajo de interpretación, integración y aplicación del Derecho, que siempre fue orientado en un sentido de reproducción del orden y mantenimiento del “statu quo”, podría ser reorientado para favorecer los intereses de los excluidos, del pueblo oprimido, de los trabajadores, para hacer efectivos los derechos humanos inscritos en la Constitución y asegurar la ciudadanía. O sea, contra la tradicional exigencia positivista de neutralidad del Poder Judicial, se exigía una opción política por los excluidos.

En Brasil, los magistrados “alternativos” se rebelaron contra las normas que fundamentaban la ejecución de los bienes de los agricultores para saldar deudas contraídas durante el Plan Cruzado, cuyo fracaso provocó una situación de caos en la economía, en detrimento, como siempre, del pueblo, pero en beneficio de los grandes bancos, grandes propietarios, alta burguesía y capitales multinacionales.

Brasil siempre fue laboratorio para experiencias económicas, sólo que los burócratas de la economía, cuando sus planes no tenían éxito, trataban de resguardar sus intereses particulares y de aquellos a quienes servían, apoyados en una clase política ignorante y corrupta. Esa es la verdad que, infelizmente, explica la lógica de los planes económicos neoliberales contemporáneos y que encontró la resistencia, aunque efímera del “Alternativismo Jurídico”.

Mas lo que denomino “Teoría Crítica del Derecho” es una primera tentativa de formulación de principios no dogmáticos, sino abiertos al debate y al enriquecimiento, una reunión inicial de nuevas categorías para pensar, repensar, construir y reconstruir la sociedad, valiéndose del espacio jurídico, que es nuestro campo de acción como miembros de una sociedad.

²¹ Portanova, Rui, *Motivações ideológicas da sentença*, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1992; Amilton Bueno de Carvalho, *Magistratura e Direito Alternativo*, São Paulo, Acadêmica, 1992.

²² Warat, Luis Alberto, - *O direito e sua linguagem*, 2ª versão, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1984.

- *El jardín de los senderos que se bifurcan: a teoria crítica do Direito e as condições de possibilidades de Ciência Jurídica*, Contradogmáticas, Santa Cruz do Sul, FISCs/ALMED, 1985.

3. Ideología y Derecho

Al examinar el polémico concepto de ideología nos encontramos con los más diversos significados, a veces antagónicos, cuya discusión escapa a los límites de este estudio. Sin embargo, sin discordar de algunas tesis básicas expuestas en la “Ideología Alemana” y en la “Miseria de la Filosofía”, conceptúo la ideología como la imagen que la sociedad hace de sí misma y del mundo que la rodea, en función de los mitos creados por la religión, por la cultura y por la propia ciencia. La ideología es tan inherente al medio social que se puede afirmar que es a la sociedad lo que las ideas son al hombre.

Esa imagen o representación intelectual, esa visión del universo, no es en modo alguno estática, por el contrario, es algo actuante que se hace sentir revelándose a través de las costumbres, de los modismos, de las creencias, así como de ciertas prácticas sociales, políticas, morales y también jurídicas. Su sustentáculo radica en lo imaginario social, en las abstracciones que se cosifican en las llamadas *instituciones*.

Como la sociedad está dividida entre ricos y pobres, entre propietarios y los que nada tienen, aquéllos construyen medios de manipulación de la ideología para garantizar el mantenimiento de sus intereses, de su *status* de miembros de una élite social, aunque una élite dividida en diferentes niveles de poder económico. La función de la ideología es mantener la cohesión de la sociedad en torno a sus mitos, símbolos y representaciones, para que ésta permanezca estable, inmutable, cada cual en su lugar, ocupando el espacio que las élites, también manipuladas, les destinen. Así, la ideología asegura la permanencia del pueblo en un estado de ceguera ante la vida real, substituyéndola por imágenes adecuadas, normalmente de paz, de prosperidad y, en el caso brasileño, la imagen del país promisorio que no es dado a la violencia, de gente de orden que cree que éste es el país del futuro (de un futuro que nunca llega). Es esta inconsciencia en la que es mantenida la mayor parte del pueblo la que caracteriza a la alienación.

Alienación es, pues, el estado de inconsciencia relativa de los individuos en la sociedad, que desconocen el espacio que ocupan y las actividades que verdaderamente desempeñan. Es por esta razón que se prestan a servir a los dueños del poder, que son los que controlan la economía, el Estado y el Derecho.

Entre esos actores sociales alienados destacamos al jurista, aquél que lidia profesionalmente con el Derecho, sin la visión nítida de lo que él, decisivamente, representa para el todo social y sin la percepción de que su propio *status* es algo integrante del fenómeno jurídico.

El objetivo primordial de la TCD es el de desalienar al jurista a través de una educación orientada, no hacia los intereses de la minoría privilegiada que paga abogados, sino para aproximarlo a un entendimiento amplio sobre la instancia jurídica de la cual él forma parte, de integrarlo en una esfera más comprensiva que le presente los mecanismos estructurales de la sociedad capitalista que actúan sobre el segmento jurídico, y cómo estos mismos mecanismos se prolongan hasta él, el jurista, en su papel específico en la división social del trabajo.

4. Democracia y Legitimidad

Definido pues en líneas generales lo que entiendo por TCD, pasaré a discutir el tema central de este trabajo, la cuestión de la Democracia, núcleo del problema político, conjugada con la de la legitimidad, bajo la óptica de la TCD.

El concepto de Democracia fue establecido por la filosofía griega. Fue también en Grecia donde surgieron las primeras experiencias democráticas que la historia registra.

En Platón, la Democracia es el gobierno de los productores, los cuales constituyen la tercera clase, pero aún no corresponde al Estado ideal imaginado por el filósofo, pues en éste el gobierno debe ser ejercido por la aristocracia de los sabios.

En Aristóteles, la Democracia es el gobierno del pueblo, oponiéndose a la Monarquía y a la Aristocracia. Para él todas las formas de gobierno son buenas en tanto son ejercidas en aras de la colectividad. Si los detentadores del poder subvierten tal sentido y lo usan en beneficio propio, instauran la tiranía como corrupción de la Monarquía, la oligarquía como corrupción de la Aristocracia y la demagogia como corrupción de la Democracia.

La tradición romano-medieval elaboró el concepto de soberanía popular, afirmando que el príncipe tiene autoridad porque el pueblo se la concedió. Así, no importaría quién fuese el efectivo detentador del poder, pues la fuente originaria de éste sería siempre el pueblo. Esto abrió camino para que se operase la separación teórica entre dos segmentos, uno (el pueblo) que tenía para sí la "titularidad" del poder y otro, (los representantes del pueblo) que gozaría del "ejercicio" del poder. Tal distinción habría posibilitado, en el devenir de la historia del Estado democrático, salvar el principio de la democracias no obstante la corrupción de los que se decían legitimados para el ejercicio del poder.

Los autores que establecieron los fundamentos teóricos del Estado Moderno, como Maquiavelo y Althusius, abandonaron la noción de las tres formas de gobierno y se concentraron en la oposición entre Reino y República. Tras las vicisitudes de una larga tradición en la historia del pensamiento político, pasando por Hobbes y Locke y también por Jean Bodin y Kant, llegamos a Rousseau, el gran teórico de la democracia moderna, en el que se produce ya una perfecta coincidencia entre el ideal republicano y el democrático.

En efecto, en *El Contrato Social* confluyen dos corrientes de pensamiento: la doctrina clásica de la soberanía popular, que llevó a la convicción de la existencia de una "voluntad general" inalienable, indivisible e infalible, a la cual compete el poder de hacer las leyes; y el ideal, antiguo pero siempre renovado, de la república. La doctrina contractualista del Estado fundada en el consenso, en la participación de todos en la producción de las leyes y en el ideal de la igualdad entre los ciudadanos -que acompañó históricamente la idea republicana- también se levanta contra la desigualdad inherente a los regímenes monocráticos y despóticos.

El Estado construido por Rousseau es una democracia, pero él prefiere llamarlo República -siguiendo la doctrina más moderna de las formas de gobierno-. Rousseau parte de una distinción hecha por Bodin entre forma de Estado y forma de Gobierno. Llama República a la forma del Estado y considera la Democracia una de las formas posibles de gobierno de un cuerpo político. Para él, el Estado o es una República o no es ni siquiera Estado, siendo entonces el dominio privado de un déspota que se apodera de él y lo dirige mediante el recurso a la fuerza militar.

A lo largo del siglo XIX, el debate sobre la Democracia corrió por cuenta, principalmente, de la confrontación entre dos grandes doctrinas políticas: la Democracia Liberal y el Socialismo Democrático. La primera enfatiza la economía de mercado y la libre iniciativa como fundamento del Estado democrático, la segunda, la idea opuesta, en el sentido de un dirigismo estatal de la economía como medio de promoción de la igualdad económica entre los ciudadanos y, por tanto, de una democracia considerada como única auténtica.

Hoy en día se puede decir que la discusión sobre la Democracia, así como sobre sus relaciones con el Derecho, se centra en la cuestión de la legitimidad del ejercicio del

poder político. No basta que el Estado satisfaga, aparentemente, las necesidades básicas de la población tales como alimentación, salud, educación, vivienda y ocio. Es necesario que el poder de que el Estado dispone para actuar sobre la sociedad sea, antes que nada, legítimo.

Es imprescindible notar, con todo, que un Estado apoyado en un poder legítimo a través del sufragio universal, pero que efectivamente no cumple con los compromisos para los cuales fue elegido, acaba por perder su legitimidad y, en la medida en que mantiene desasistida a la gran mayoría, frustrando las perspectivas de los trabajadores, de los “sin-tierra”, de los “sin-techo”, de los “sin-alimento”, acaba por destruir la propia Democracia, entendida aquí no solamente en la esfera de los derechos constitucionales conquistados, en el aspecto meramente formal, por tanto, sino especialmente en lo tocante al aspecto económico, porque es éste el que combate frontalmente las dificultades cotidianas de los ciudadanos.

Examinemos la cuestión articulándola con las categorías de la *ideología* y la *alienación*, que constituyen las centrales de la TCD. Para eso partiremos de una de las más poderosas vertientes del pensamiento crítico: la sociología de Max Weber.

Weber define el Estado como una “comunidad humana que pretende el monopolio del uso legítimo de la fuerza física dentro de determinado territorio”. Pero sólo la pretensión no basta, es necesario que ésta tenga éxito y que se complete con otras características que van precisamente a definir al Estado Moderno: la *Racionalización del Derecho* - lo que implica la especialización de los poderes Legislativo y Judicial, además de un poder de policía encargado de proteger la seguridad de los individuos y mantener el orden: una burocracia expresada en reglamentos explícitos y una fuerza militar permanente-.

La existencia del Estado depende de la obediencia de la población a la autoridad alegada por los detentadores del poder. Esa autoridad, para hacerse efectiva, necesita de un mínimo de consenso que, si se obtiene, pasa a garantizar la legitimidad del ejercicio del poder en las manos de aquellos que lo detentan.

La legitimidad, así, se fundamenta en el consentimiento. Según Weber el poder es necesario, aunque conservado dentro de ciertos límites, una vez que presupone consentimiento y cierto grado de reciprocidad. La legitimidad implica la adhesión de la comunidad al principio que la autoridad pretende representar. Su realización efectiva en el cuerpo social está sometida a ciertos mecanismos, los cuales constituyen, en Weber, los prototipos, modelos o paradigmas, “tipos ideales” de dominación legítima: tradicional, carismática y racional.

La dominación *tradicional* radica en el carácter mítico de las tradiciones. En esta perspectiva, la legitimidad del poder es transmitida de acuerdo con las costumbres. Se crean, así, mecanismos de control social de obediencia, considerados legítimos por el simple hecho de haber sido aprobados en el pasado y de estar de acuerdo con una tradición que “debe ser mantenida”. Surge de ahí, también, que la validez de las prácticas sociales que la mantiene es generalmente encarada como asunto que ni siquiera debe merecer discusión, que no puede ser objeto de cuestionamientos. La eventual oposición de algunos grupos, la mayoría de las veces irrelevantes, no llega a perturbar esta forma de dominación. Ejemplo de eso son las tradicionales monarquías mantenidas con formalismos y costumbres que atraviesan ilesas los siglos, o aún, ciertos valores y prácticas de carácter religioso que fundamentan el poder político de algunos países.

La dominación *carismática* es ejercida en función del carisma de un líder, cuyas cualidades morales, intelectuales o vitales reflejan en el cuerpo social una serie de atributos

que, de hecho, lo acreditan ya como el más preparado para regir el todo social, apto para merecer confianza y digno de ser el depositario de las esperanzas de los gobernados.

Santidad, heroísmo y ejemplaridad son algunas de las cualidades del líder carismático ante la opinión pública. Es en general un tipo de dominación que se inicia en el seno de una sociedad tradicional o legal, en oposición al orden institucionalizado y crece en un sentido revolucionario para después estabilizarse, transformándose en tipo tradicional.

La dominación *racional* surgió en el Estado Moderno por la substitución de la autoridad del individuo por la autoridad del estatuto. Como decía Ortega y Gasset: se trató de “substituir al príncipe por el principio”, esto es, se despersonalizó el ejercicio del poder para ocultarlo bajo la apariencia de la norma de conducta. En vez de obedecer a la voluntad del soberano, pasaron los súbditos a obedecer a la “ley” del soberano. Es que la forma racional de los mandatos viene a ser la ley, la regla escrita y elaborada mediante procedimientos técnicos igualmente racionales. Weber se refiere, así, a esta forma de dominación como del tipo *legal-racional*: la forma de la “ley” y la legitimidad fundada en la razón. Si, otrora, el consenso de los dominados dimanaba de la sumisión al líder carismático o de la fuerza de las costumbres, en el Estado Moderno se pasó a considerar la obediencia a las leyes como un dictamen de la razón. De este modo el poder suponía la validez del estatuto legal y competencia de funciones a partir de normas racionalmente elaboradas. Con eso la dominación fue mantenida y reproducida según un carácter impersonal, siendo que el propio orden normativo, así establecido, delimitó las esferas y los límites del ejercicio del poder, el cual, organizado según una estructura racional compleja a la que se denominó *burocracia*, se convirtió en la más típica forma de dominación caracterizada como legítima.

Es a partir de esta tipología que la sociología crítica se preocupa por la relación entre *mandato y obediencia* y por las formas usadas para eludir esta relación, y observando desde luego la preocupación del pensamiento político oficial en no demostrar que en la sociedad existen los que mandan y los que obedecen, actitud que tiene un fin específico: asegurar la legitimidad del mandante a través de la obtención del consenso de los mandatarios, impidiendo que éstos tomen consciencia de su situación.

En el actual estadio de la civilización moderna, la dominación del tipo legal-racional se vuelve cada vez más compleja y camuflada, pasando a configurar la forma normal de ejercicio del poder político, tanto en las democracias liberales como en los llamados regímenes socialistas-democráticos. Y en el Estado contemporáneo, la concepción juricista de las estructuras sociales vino a convertirse en uno de los más poderosos mecanismos de ocultación del real ejercicio del poder por parte de los grupos que lo detentan, en general económicamente poderosos y articulados internacionalmente. Esa forma de presentar la estructura sociopolítica forma parte de una representación ideológica que fue y continúa siendo manipulada, consciente o inconscientemente, por los grupos hegemónicos, en el sentido de ocultar la dominación real con vistas a mantener su legitimidad aparente.

Desvelar los mecanismos de esa manipulación y de las articulaciones entre lo real y lo imaginario, constituye la primera afirmación de una visión que se presenta como crítica al enfocar la sociedad, el Estado, el Derecho y el Estado de Derecho.

5. Presupuestos ideológicos del Derecho y del Estado

El Derecho, en su concepción dogmática tradicional, está comprimido en una serie de principios que en verdad son mecanismos conducentes a una falsa idea de Democracia

y de organización social. No se trata, sin embargo, de principios en el sentido tradicional de los “principios generales del Derecho”, sino en el sentido de una aceptación inconsciente de ciertos presupuestos, afirmaciones que la ideología, a través de las doctrinas jurídico-políticas, volvió autónomas, dotadas de una validez en sí. Justamente por tener contenido ideológico, y en virtud de la manipulación de que son objeto, difícilmente afloran al nivel del saber racional, pues deben permanecer en aquel espacio de lo inconsciente, disimulados en las llamadas “fuentes” del Derecho, y la mayoría de las veces, en las elaboraciones doctrinales del pensamiento jurídico dominante. El resultado de ese proceso ideológico se nos presenta como un mecanismo que contribuye a la creciente alienación de los políticos y juristas en relación a la sociedad y a los problemas de su entorno. Tales principios o presupuestos, pueden ser divididos en dos grupos conforme se refieran a la concepción del Derecho o a la práctica de la interpretación, integración y aplicación de las normas jurídicas.

A los orientados hacia el concepto de Derecho se refieren:

1. El *principio de onticidad*: afirma que el Derecho tiene un ser, sea empírico, ideal o cultural, según las doctrinas filosófico-jurídicas. Y que ese ser es objetivo, esto es, apto para constituir un objeto del cual el sujeto cognoscente se aparta. Podríamos así enunciar el presupuesto como el *principio de la objetividad ontológica*.

2. El *principio de la positividad valorativa*: Se añade al ser jurídico una característica axiológica positiva, en el sentido de polaridad, esto es, se omiten los valores negativos para enfatizar su correspondiente positivo. así, el Derecho es “*ars boni et aequi*”, identificado en la justicia, en el bien común, en la igualdad, en la libertad, en fin, en aquellos valores que, a lo largo de la historia del Estado Moderno, han sido afirmados como bastiones de la fe liberal.

3. El *principio de la cientificidad*: Afirma que el Derecho es científico, en cuanto producido por la elaboración racional del legislador, esto es, como resultado de un trabajo científico, y por tanto, ideológicamente neutro.

4. El *principio de la neutralidad ideológica*: Como implicación de los dos presupuestos anteriores, el de la positividad valorativa y el de la cientificidad, afirma que el Derecho, al igual que el Estado que lo produce, es ideológicamente neutro pues se dirige a todos en el mismo plano de igualdad, y así, el Derecho es visto como la garantía de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos.

5. El *principio de la unicidad*: Afirma que el Derecho es solamente uno, que no hay otro Derecho que el positivo.

6. El *principio de la estatalidad*: Enuncia que ese Derecho único es producido por el Estado, el cual es igualmente neutro, como garantía del bien común y orientado hacia la defensa de los desprotegidos.

7. El *principio de la racionalidad*: Corolario del principio de la cientificidad, afirma que el Derecho es objetivamente racional, esto es, que, producto de una elaboración racional y por tanto científica, de acuerdo con el paradigma epistémico positivista, se concreta en una estructura analítica objetiva, como norma, ordenamiento y decisión jurídica (teoría de la subsunción).

8. El *principio de la legitimidad*: Afirma que, pasadas las fases de legitimación meta-jurídica, o sea, teológica, metafísica o sociológico-política, el Derecho se autolegitima como el Derecho en sí. Concepción que se resuelve en una tautología: el Derecho es legítimo porque es el Derecho y es el Derecho porque es legítimo.

9. El *principio de la sistematicidad analítica*: Es implicación del anterior y entiende

el orden jurídico como un sistema lógico-analítico, esto es, una estructura de normas que se dispone según las reglas de consistencia de la lógica formal.

10. El *principio de la plenitud*: también implicación de la racionalidad y de la sistematicidad analítica, entiende que el orden jurídico no tiene lagunas, porque, cuando se presentan, él mismo tiene en sí los medios para cubrirlas.

11. El *principio de la autopoiesis*: Afirma que el sistema jurídico, como microsistema de entre las diversas estructuras sociales, es autosuficiente en su desarrollo y reproducción²³.

12. El *principio del primado de la ley*: Presupone que, siendo la ley escrita la expresión racional de la voluntad del legislador, prevalece sobre las demás fuentes del Derecho, las cuales, o se integran en la ley, o se afirman como tal en cuanto admitidas o cooptadas por la ley.

13. El *principio del legalismo dogmático*: corolario del anterior, identifica el Derecho con la ley.

A los orientados hacia la hermenéutica jurídica se refieren:

14. El *principio del legalismo hermenéutico*: Reduce la hermenéutica jurídica a una teoría de la interpretación, integración y aplicación de la ley, excluyendo por consiguiente de la labor hermenéutica las demás fuentes del Derecho.

15. El *principio de la autonomía significativa de la ley*: Presupone que la ley tiene un significado objetivo autónomo, el cual compete al jurista descubrir, revelar y aplicar a las situaciones concretas.

16. El *principio de la univocidad significativa de la ley*: Presupone que la ley es portadora de una verdad objetiva, cuyo significado es unívoco y constituye la verdad del objeto de la actividad cognoscitiva del intérprete.

17. El *principio de la referencialidad semántica de la ley*: Presupone que esa verdad objetiva corresponde a un referente semántico, identificado en un hecho real, presunto o ficticio.

18. El *principio voluntarista*: Presupone que ese referente semántico está constituido por una voluntad, real o ficticia del legislador, del pueblo, de Dios, de la Ley o del Estado.

19. El *principio de la función descubridora y descriptiva de la interpretación*: Afirma que la labor hermenéutica consiste en descubrir, describir y revelar el significado de la Ley, esto es, “desentrañar” este significado para aplicarlo a las situaciones concretas.

20. El *principio de la subsunción jurídica*: que las decisiones jurídicas, especialmente las judiciales, forman un silogismo, el cual asegura la racionalidad y neutralidad del Poder Judicial, exigencia del presupuesto de la neutralidad del Estado.

El conjunto de estos presupuestos, dogmáticamente aceptados por el sentido establecido, forma el cuadro ideológico dentro del cual van a erigirse los mitos de la teoría y de la experiencia jurídico-política. Tales mitos -construcciones teóricas que no tienen correspondencia con la realidad concreta, pero que son presentados como tal por la ideología, a través de la literatura, de la simbología, de la tradición, de los valores e incluso hasta por la ciencia, persuadiendo al sentido común y tornándose aceptados por el pueblo -se revelan como Estado de Derecho, Legítimo Poder del Estado o de Dios, Patria, Justicia, Derecho Natural, Bien Común, Democracia, Libertad, Derechos Humanos, Persona Jurídica, entre otros, de esta lista interminable.

²³ Teubner, Gunther, *O Direito como sistema autopoietico*, Trad. de José Ergário Antunes, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Sin embargo, me voy a atener solamente a tres principios de la construcción teórica del Derecho, los presupuestos ideológicos de la *unicidad*, *estatalidad* y *racionalidad*. Son principios cuya importancia es capital para una observación crítica del fenómeno jurídico, pues forman lo que llamo *trípode ideológico* de la concepción dogmática del Derecho y juridicista del Estado, y que sustentan el principio de la legitimidad.

El principio de la unicidad, o “principio monista” enfatiza que el Derecho positivo es el único Derecho, mejor dicho, es el propio Derecho, el fenómeno social al cual se refiere el significante “Derecho”. Ahora bien, es nítido el carácter ideológico de este principio. No tiene apoyo en ninguna evidencia de carácter racional. Es sólo una elaboración teórica que privilegió la forma de control social ejercida por la nobleza y después por la burguesía, excluyendo como no-jurídicas las demás, como las religiosas, morales y especialmente las formas plurales como las de los grandes grupos sociales que quedaron al margen de los beneficios generados por este Derecho. Puede también ser considerado el principio “dogmático” por excelencia, pues forma el núcleo de la idea dogmática, que conduce a la construcción científica del Derecho a partir de la “ley”, o de la norma “positiva”, sin indagaciones éticas, filosóficas o políticas, ya que, siendo la única “realidad” jurídica, tiene que ser aceptado como es, vale decir, como el Estado lo elaboró.

En realidad, la historia demuestra que el Derecho burgués ocupó los espacios normativos de la sociedad en un doble sentido: uno vertical, por la absorción del Derecho romano, del Derecho feudal o señorial, del Derecho canónico y también del Derecho comercial medieval, que precedió al Derecho civil. Y otro horizontal, a partir de la separación entre Derecho y moral, lo que acabó por someter la moral al Derecho, aunque la ideología imponga la idea contraria.

Lo que se observa ahí es una evolución histórica, de carácter emocional, intuitivo, irracional en cierta medida, en el sentido de que la intervención de la razón de poco sirvió, salvo para consolidar las injusticias y la irracionalidad del “homo homini lupus”; pero, entretanto, la ideología procura fomentar la idea de que el Derecho nacido de este proceso es ahistórico, algo perenne y universal que la razón “descubrió” en la “naturaleza de las cosas”. Se afirma que el modo como se encuentra el Derecho hoy es el mejor que fue conseguido por la “natural” evolución de la sociedad humana y que, por eso, tiene todas las credenciales para legitimar el “statu quo” vigente.

El segundo principio, el de la estatalidad, afirma que el Derecho único es el estatal, y que las demás fuentes sólo son válidas si son legalizadas, o sea, si son admitidas por las leyes del Estado. Desde este prisma, fuera del Estado no hay Derecho. Así, como el Estado es traído hacia el plano real a pesar de existir solamente en el imaginario, como supremo defensor del pueblo, como algo además y por encima de la experiencia histórica, este Derecho estatal es visto como el único existente y, en cuanto existente, válido y legítimo por sí mismo, independientemente de otros criterios. Ahora bien, si la existencia del Estado es mítica, se sigue que el principio de la estatalidad del Derecho no puede escapar a la consideración de creación ideológica.

Finalmente, el principio de racionalidad procura objetivar la razón humana en la ley. No se preocupa tanto con la racionalidad de los hombres pues, para él, el propio Derecho ya es racional en sí mismo y se legitima precisamente en función de presentar esa racionalidad en su estructura lógico-normativa, en la noción de orden jurídico y en la idea de subsunción jurídicas también basada en el supuesto de la racionalidad sin embargo, con la diferencia de referirse a las decisiones judiciales.

La racionalidad del Derecho es un supuesto ideológico que tiene el objetivo de

ocultar la existencia de conflictos inter e intra-normativos en la sociedad, de no dejar traslucir decisiones jurídicas de carácter emocional pues hay aún quien cree en la posibilidad de que el interprete de la ley sea un sujeto neutro, y mucho menos las lagunas intencionales del ordenamiento, porque los grupos sociales que dominan la sociedad sólo regulan aquello que es de su interés. De esta forma verificamos que el Derecho no es pleno, como afirma la lógica jurídica tradicional, y sí lagunar. Intencionalmente lagunar, sirviendo las lagunas para posibilitar la actuación perversa de personas y grupos privilegiados sin el temor de sufrir las sanciones jurídicas, normalmente establecidas para los delitos típicos de las clases desprotegidas.

Todos esos principios buscan esconder la verdadera identidad del Estado: una gran organización burocrática, extremadamente sofisticada, que defiende y mantiene los privilegios de los ricos y de un universo de pequeños burgueses en tanto que la gran masa de los asalariados, de los campesinos y desempleados -cerca de tres cuartos de la humanidad- vive en la miseria y en el sufrimiento, excluida e impedida de cualquier perspectiva de mejora de sus condiciones de existencia.

Esos tres principios forman un trípode ideológico porque constituyen la base para la construcción de un cuarto mito, el de la legitimidad, presupuesto ideológico erigido en condición de principio del Derecho Positivo que se afirma estatal y racional.

6. El principio de la legitimidad

La historia nos revela que la legitimidad, más que una consecuencia del trípode ideológico unicidad, estatalidad y racionalidad, es una necesidad del orden social. Todo y cualquier aglomerado social precisa de una ideología que establezca la cohesión entre los miembros de su grupo y que justifique las relaciones intragrupales establecidas. Los sujetos de las relaciones sociales, que en verdad son objetos de la ideología, al adquirir noción del papel que les es atribuido por el todo grupal, se enfrentan con dificultades para comprender las justificativas presentadas y aceptarlas. Es ahí donde interviene el principio de la legitimidad, como criterio del nivel deseado de aceptación por parte de los dominados. El orden social concreto vivido por tales sujetos les es presentado como correspondiente a cierto ideal de perfección, que la propia ideología presupone, o al menos como tendente a este ideal. En la actualidad, la tesis del fin de la historia presenta la civilización occidental de modelo europeo y norteamericano, sintetizada en el neoliberalismo y en el Estado Democrático, como la meta final que orienta la acción política de las élites burguesas en el mundo subdesarrollado.

Así, la legitimidad es un fundamento para el control de la conducta de los actores sociales y la manipulación ideológica es el medio por el cual se mantiene intocable el estado vigente de cosas, ya que tiene la capacidad de inculcar en los ciudadanos la imagen de que la situación por ellos vivida es la mejor que se puede obtener.

La legitimidad presupone entonces un consenso más o menos generalizado, lo que puede ser fácilmente obtenido con la manipulación ideológica de los mitos del Derecho anteriormente referidos- pues, ¿no sería ésta, en último análisis, la tecnología de obtención del consenso?-. Profundizando un poco más en nuestra investigación constataremos que en la sociedad dividida en clases existen grupos hegemónicos -eufemísticamente llamados "élites"- y que, por tanto, la legitimidad se articula con la dominación -eufemísticamente llamada "poder"- constituyendo un fenómeno social unitario, el *poder-dominación*.

En la órbita de Max Weber, defino el poder como “la posibilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esta posibilidad”. Y la dominación consiste en la posibilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas. Nótese que el poder, que es algo potencial, se transmuta en dominación concreta. Por tanto, el fenómeno político por excelencia en la sociedad estatal contemporánea es la dominación, ya que tiene sus raíces comprimidas por la obediencia y la sumisión a las órdenes de los detentadores del poder, disimuladas y despersonalizadas a través de las leyes, de los principios, de la mitología jurídica. Como esa sumisión no es, en modo alguno, resultado de una elección libre, sino de un proceso ideológico anclado en la *alienación*, está siempre apoyada en la violencia pues, para mantenerse, necesita quebrar eventuales focos de resistencia, sofocar los grupos “subversivos”, reprimir descontentos de grupos marginales. Cuando fallan los mecanismos ideológicos que aseguran el consenso alienado, se recurre a la fuerza policial, al ejército e, incluso, a grupos paramilitares de exterminio. Se concluye así que la base de la organización política es la violencia, sea ésta institucionalizada o no, característica que ya había sido detectada por Hobbes en el siglo XVII.

En los estadios pre-políticos la sociedad fue dominada por la mera arbitrariedad. Con el tiempo, el uso de la fuerza fue siendo transferido a las organizaciones políticas que vinieron a constituir el Estado, fenómeno que evidencia el triunfo de la racionalidad. No, sin embargo, de una razón universal, impersonal, sino de cierta racionalidad que imponía patrones de comportamiento, los cuales acababan siendo presentados como los más acertados para la supervivencia del grupo, aunque, en realidad, fuesen orientados hacia la dominación. De este modo, la razón sirvió, desde el principio, como medio legitimador de un proceso presentado como “racional” cuando, en verdad, no pasó de un acto espontáneo, un fenómeno natural. Así pues, la superación de aquel estadio social, próximo a la animalidad, se tuvo por un tipo de organización llamada “racional”, en la que el poder fue siendo atribuido a los más fuertes, ancianos, o adinerados, como demuestran los estudios de historia de las instituciones. Se desprende de eso que el carácter racional de la organización, así como de la dominación, fue, en verdad, el instrumento legitimador de ese proceso que en sí es irracional -pues fue producido por las pasiones y por los sentimientos más sórdidos de la condición humana- lo que dio alas a la formación del consenso que mantiene legítimas las instituciones de él surgidas.

De este contexto se verifica que la organización social, después de la consolidación institucional de la propiedad privada, génesis del malestar de la civilización, llevó al dominio, por todos los medios imaginables, de los económicamente más poderosos. Tal movimiento histórico no tiene nada de racional, pero las justificativas legitimadoras presentadas por la ideología lo presentaban como consecuencia de fundamentos racionales. Este proceso de concentración y transferencia del poder social fue fuente de desarrollo de un patrón de racionalidad que culminó en una elaboración científica de “leyes” para el pensamiento “correcto”, una ciencia de la lógica, que presenta esas leyes como universalmente válidas excluyendo como no científicas las formas de pensamiento que no las siguen. Me refiero, evidentemente, a la lógica tradicional, desarrollada en Occidente a partir de la sistematización aristotélica y que aún configura la base de la metodología científica, no obstante los progresos introducidos por las lógicas no formales como la dialéctica y las tentativas de elaboración de sistemas para-consistentes.

En la sociedad moderna los mitos se ocultan por la racionalización del Derecho y por la concreción del Estado como la suprema forma de organización social racional. La forma

legal de dominación, cuya legitimidad radica en la racionalidad intrínseca de las leyes, es un “plus” que se inserta en el contexto de la racionalización total de la sociedad pudiéndose afirmar que desde la racionalización de la economía se avanzó hacia las formas modernas y posmodernas del capitalismo, que de la racionalización de las creencias provinieron, no solamente la secularización eclesiástica, sino también la proliferación, al menos en América Latina, de sectas no institucionales, las más de las veces fundadas por pseudo-pastores que se valen de la ingenuidad del pueblo para ganar dinero, o sea, se racionalizó la explotación de la superstición y del sentimiento religioso del pueblo, se puede además aseverar que de la racionalización de la administración nació la burocracia.

¿Y cuáles fueron los resultados? ¿Cuál el “quantum” de bien común que esa racionalización global, exacerbada por la informática, responsable de una “ética virtual” habría producido? Lo que asistimos es al fracaso del capitalismo, como también de los pseudo-socialismos del este, al fracaso de las sectas racionalizadas y al fracaso de la burocracia, cuando, en los países periféricos, vislumbramos que la meta ideal de esa racionalización global sería solucionar los problemas básicos del pueblo, alimentación, vestuario, vivienda, transporte, ocio, en suma, una existencia con un mínimo de dignidad.

En el contexto de la posmodernidad, la *tecnocracia* constituye un estadio más de esta progresiva racionalización. Caso de que fuese acompañada de la desalienación obtenida por el perfeccionamiento cultural del hombre tal vez representase un bien, pero es precisamente manipulada por la ideología, en el sentido de una internacionalización de la dominación mucho más intensa y sofisticada que antaño. Como si no fuese suficiente la explotación del hombre por el hombre, se consagra también la de pueblos sobre pueblos. Y el avance de la informática, la presencia en todas las sociedades de los tentáculos de la comunicación virtual, vía Internet, tiende a la construcción de una ética global y virtual.

El principio de la legitimidad, al hacer aceptable la violencia institucionalizada, se transforma en la forma ideológica que garantiza la inconsciencia de la dominación a través de la violencia, asumiendo dos papeles distintos, uno de *ocultación* y otro de *inversión*.

Cumple el papel de ocultar cuando substituye una situación concreta en la que los comportamientos individuales son controlados por la represión y por la violencia, por el mito de la legitimidad de esas mismas represiones y violencias, amparándolas en la idea del poder legítimo por estar vinculado a la democracia, al Derecho y autolimitadas por el Estado de Derecho. Cumple el segundo papel al invertir el orden de las relaciones de causalidad histórica, presentando la apropiación y el control de las fuentes de producción de las riquezas la división social del trabajo y la distribución de los bienes sociales, así como el control de la comunicación global, como mera consecuencia del orden normativo legitimado, cuando en verdad son su causa.

Prescindiendo de la interpretación economicista de la teoría de la ideología como reflejo de la economía, hay que dar la razón a Karl Marx cuando ya observaba que no son las leyes de los hombres las que explican las relaciones reales de la economía, sino que éstas últimas son las que llevan a la producción de aquellas. Sucede que, para consolidar una situación económico-social favorable a las élites, a los señores y manipuladores de aquellos factores a los que ahora me refiero, es necesario producir normas sociales y jurídicas que hagan obligatorias aquellas relaciones de producción, circulación y consumo de los bienes, y de los medios de comunicación, y que las mantengan en cuanto atiendan a los intereses de esas élites, no importando si es a costa del sufrimiento de la mayoría.

No pretendo reafirmar aquí la tesis marxista de la “superestructura”, desarrollada por un ala ortodoxa en el sentido de una causalidad mecanicista pura y simple -cosa ya supe-

rada en el seno de la propia filosofía marxista- porque entiendo la ideología como algo orgánico e inherente al todo social. Las ideas tienen su papel constructivo, pero eso en cuanto insertas en la praxis, lo que implica la actividad no alienada, orientada hacia la transformación social en busca de la mejor calidad de la vida humana, en cuanto comunión con la naturaleza, con la sociedad y con la propia conciencia.

Cuando me refiero al proceso de inversión ideológica, aludo a la legitimidad de un orden jurídico que se dice *constructor de un Estado democrático*, el cual, a su vez, instituye la sociedad libre. La inserción consiste en tomar esta idea por una verdad objetiva en vez de comprender que los protagonistas de las relaciones reales de producción, de la distribución de la riqueza y de la división del trabajo son los que crean la sociedad que se dice libre, el Estado que se dice democrático y el orden jurídico que se dice legítimo. Lo más grave en ese episodio es que, al llamarse legítimo, este orden jurídico, que no pasa de una abstracción racionalizada del orden social concreto, hace aceptable la sociedad real, lo que culmina en una ocultación de la esclavización de los trabajadores bajo el mito de la libertad, ocultación de las oligarquías bajo el mito de la democracia, ocultación del hambre y de la miseria bajo el mito del carácter pasajero de la crisis, ocultación del creciente dominio de los monopolios y oligopolios bajo el mito de la libertad de mercado, ocultación de la violencia contra la población indefensa de las chabolas y de los hacinamientos de las zonas rurales bajo el mito del “carácter natural” del banditismo y de la “poca afinidad al trabajo” atribuido a los pobres, ocultación de la ignorancia y del analfabetismo bajo el mito de la mayor accesibilidad a la información, ocultación de la alienación del individuo, en fin, por el mito de la libertad inherente al Estado de Derecho.

En la sociedad contemporánea, el proceso social de legitimación del Derecho se distanció de sus fundamentos éticos y religiosos tradicionales y se vació en la fundamentación jurídico-política, la cual encontró soporte en la doctrina de la soberanía popular, que exige el sufragio universal como base de la Democracia, y también a través de la elaboración de una forma jurídica adecuada, consistente y racional que da fundamento al Estado y al Derecho: la Constitución.

Sin embargo, al juridizarse esa *legitimidad alienada* como principio general de Derecho, pasa a valer por sí misma como exigencia de la racionalidad de las relaciones humanas, aunque revestidas de violencia. Esa juridización acaba por transformar el principio en un valor en sí, esto es, válido por sí mismo independientemente de sus fundamentos ideológicos, como presupuesto ético del orden jurídico y social, pregonando que, si no todo ordenamiento es legítimo, todo debe serlo.

No obstante, al identificarse la legitimidad con la adhesión de la sociedad a ciertos valores construidos por el capitalismo neoliberal, se sigue que todo orden jurídico neoliberal es legítimo, precisamente porque la Constitución del Estado neoliberal consagra la libertad, igualdad, justicia y derechos humanos como fundamentales para su propio ordenamiento jurídico. De esta suerte, se concluye que es el formalismo constitucional el que confiere el grado de “Democrático de Derecho” a un Estado y no la realidad de los hechos; se trata de una auténtica inversión ideológica, que procura perpetuarse valiéndose de nuevos mitos, tales como la modernidad y la posmodernidad. Y aún hay ideólogos de esa civilización que pregonan el fin de la historia, en el sentido de que la humanidad al concretar la idea de la civilización occidental en los modelos europeo y norteamericano correspondiente a la modernidad, nada más tendría que inventar, olvidándose de que hay una guerra sangrienta en el corazón de Europa y una miseria creciente en la periferia de esa civilización, miseria que amenaza las estructuras de los que se consideran democráticos.

Esta ideología sin embargo se desvanece cuando se verifica que está inserta en una sociedad alienada. Se puede afirmar que un orden social solamente será legítimo cuando la sociedad se autoinstituya en función de la conquista de la autonomía de los individuos por una praxis liberadora. Esto presupone una sociedad con conciencia crítica de la historia que se desarrolle teniendo presente un sentido de liberación.

El corolario de la tesis es que el estado de inconsciencia social, traducido por la alienación, compromete la propia legitimidad del orden social y jurídico en la medida en que el consenso de los dominados es obtenido por la manipulación ideológica de los que los dominan.

Vista entonces bajo el prisma de la alienación, la legitimidad, en cuanto definida por el orden de valores liberales actuales, pierde su carácter absoluto de presupuesto ético válido por sí y se vuelve relativo, en función de la restringida capacidad que las sociedades concretas tienen de autoinstituirse, para de este modo producir medios que posibiliten la autonomía de los ciudadanos.

Así, la legitimidad tiene más que ver con la alienación que con el consenso. La absorción, irreflexiva por los individuos, de valores de las élites dominantes, de instituciones y principalmente de sus formas jurídico-políticas, sólo contribuye a que el individuo salga de sí mismo para integrarse en la realización de los ideales simbolizados por aquellos valores, mitos, instituciones y formas jurídico-políticas que no son suyos, sino de una minoría que se mantiene en la posesión de los instrumentos de poder social.

El consenso de los dominados -por ser producido por la ideología de los segmentos sociales que los dominan- es falso fundamento de legitimidad pues traduce la alienación en grados cada vez mayores.

Así, formas jurídico-políticas como el contrato, basado en el mito de la autonomía de la voluntad, la personalidad jurídica, la empresa, el propio Estado como organización pretendidamente neutra y orientada hacia el "bien común", carecen de legitimidad en la medida en que son medios alienados y alienantes de mantenimiento de la realidad en los términos en que se encuentra. Esa legitimidad alienada está pues orientada hacia el mantenimiento del orden social concreto que, por repugnante que sea, es substituido en el inconsciente individual y colectivo por el mito del orden jurídico; de ahí el carácter conservador del Derecho, porque no se cuestiona la realidad social que le es subyacente, sino sólo su eficacia institucional para consagrar en la constitución los valores del liberalismo, aunque nunca realizados.

7. La consciencia como fundamento de la democracia

En virtud de la acción alienante de aparatos ideológicos de la sociedad, como los *mass-media*, las instituciones educacionales, los medios jurídicos a través de los cuales esos aparatos actúan, el Estado concreto se transforma en mero *parásito de la sociedad*. Su burocracia se vuelve hacia la protección de intereses y valores de una pequeña parcela de la población, grupos microsociales hegemónicos que, por su fuerza económica y acción política, dominan amplias esferas del poder estatal ampliando de este modo la comunidad de los excluidos del mercado de trabajo y del consumo, así como de las garantías institucionales, degradando así el ejercicio de la ciudadanía.

A pesar de eso, la ideología construye el mito del Estado nacional, siguiendo la estela de la noción hegeliana del Estado Universal, como pináculo de la moralidad e identifi-

ca la burocracia con los intereses de todo el pueblo, colocando al Estado en una situación de neutralidad, más allá y por encima de los conflictos microsociales, como un “tertium” que nada tiene que ver con los conflictos entre las partes, que sólo está ahí para garantizar la armonía entre los intereses individuales y grupales en conflicto.

Y el Estado parásito se transforma en “locus” privilegiado de la corrupción, la cual se institucionaliza a través de las prácticas incorporadas al día-a-día de la dogmática, invadiendo los poderes del Estado y aliándose, por los agentes corrompidos, a las organizaciones corruptoras que perjudican a la sociedad desde sus cimientos, como las organizaciones de narcotráfico, lenocinio internacional y comercio de menores.

Resulta de ahí que el principio de la legitimidad es el *locus* de convergencia de tres sectores de lo real, que se identifican con el mito de la Nación, del Derecho y del Estado, cuyo tratamiento teórico no puede eludir el prisma de la alienación. Consecuentemente, se tiene que el Estado parásito no puede ser el fundamento de la unión entre sociedad y Derecho y que la idea de sufragio no puede servir de base para identificar la Democracia con la soberanía popular.

Estas nociones sólo adquieren consistencia a partir de una consciencia política de las masas populares. Me explico. La conscienciación es un proceso de desarrollo social que rechaza la alienación y que reacciona contra los medios de control ideológico que conducen a ella.

No estoy contra el sufragio universal, evidentemente, pues entiendo que debe ser defendido como la mejor opción, aún, para la conquista y la consolidación de la Democracia. Sin embargo, la ciencia política debe tener en cuenta que el sufragio universal es un fundamento tan sólo relativo de legitimación del orden jurídico y social. La legitimidad de un orden jurídico-político-social, la legitimidad del Derecho, en fin, no puede instituirse ajena a la praxis de la comprensión de los papeles que los actores sociales desempeñan en el todo. Son necesarias no solamente posiciones políticas auténticas, sino la participación de sus actores en un proceso activo de conscienciación histórica.

Al saber jurídico que se propone redefinir las bases sobre las cuales descansa el pensar jurídico, parece inaplazable necesidad avanzar en la construcción mitológica positivista-liberal que se instauró en la metodología jurídica.

En 1968 los estudiantes de París exigían la reforma universitaria porque habían adquirido consciencia de que la educación europea tradicional estaba orientada hacia el consumismo, denunciado por Marcuse²⁴, y no hacia la satisfacción de las necesidades de alimentación, cultura y bienestar del pueblo.

Pienso que es preciso un 1968 iberoamericano, denunciándose que la educación universitaria, y la jurídica en especial, está orientada hacia los intereses económicos de las élites, y no para forjar los instrumentos de solución de los problemas sociales.

La verdadera revolución cultural puede comenzar por la revolución de las conciencias. La tan anhelada praxis es sobre todo un proceso de desalienación.

Traducción de Alfonso de Julios Campuzano

²⁴ Marcuse, Herbert, *A ideología da sociedade industrial*, Rio de Janeiro, Zahar, 1982.