

El **MALESTAR** en la **CULTURA JURÍDICA**

Ensayos críticos sobre políticas
del derecho y derechos humanos

Alejandro Médici

Prólogo de Joaquín Herrera Flores

EL MALESTAR EN LA CULTURA JURÍDICA

Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos

EL MALESTAR EN LA CULTURA JURÍDICA

Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos

Alejandro Médici

Medici, Alejandro

El malestar en la cultura jurídica : Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos . - 1era ed. - La Plata : Universidad Nacional de La Plata, 2011. 285 p. ; 21x15 cm.

ISBN 978-950-34-0703-5

1. Derechos Humanos. I. Título
CDD 323

EL MALESTAR EN LA CULTURA JURÍDICA
Ensayos críticos sobre políticas del derecho
y derechos humanos
Alejandro Médici

Coordinación Editorial: Anabel Manasanch

Corrección: María Eugenia López, María Virginia Fuente, Magdalena Sanguinetti y Marisa Schieda.

Diseño y diagramación: Érica Anabela Medina



Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (Edulp)

47 N° 380 / La Plata B1900AJP / Buenos Aires, Argentina

+54 221 427 3992 / 427 4898

editorial@editorial.unlp.edu.ar

www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales Universitarias (REUN)

Primera edición, 2011

ISBN N° 978-950-34-0703-5

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723

©2011 - Edulp

Impreso en Argentina

PRÓLOGO	11
<i>Joaquín Herrera Flores</i>	

INTRODUCCIÓN	17
<i>El malestar en la cultura jurídica contemporánea.</i>	
<i>Una lectura sintomática</i>	

Primera parte: Políticas

CAPÍTULO I	
El derecho en el derecho político	35

CAPÍTULO II	
Políticas de la vida. Biopolítica y teoría crítica de los derechos humanos	57

CAPÍTULO III	
Políticas del derecho y gubernamentalidad neoliberal. Aportes de Foucault a la crítica jurídica	93

CAPÍTULO IV	
Democracia y derechos humanos en la biopolítica de Jacques Rancière	131

Segunda parte: Derechos

CAPÍTULO V	
Legitimidad y legalidad en el paradigma garantista del estado de derecho	151

CAPÍTULO VI

Globalización y crisis del estado de derecho 179

CAPÍTULO VII

El trabajo de la democracia en el estado de derecho 205

CAPÍTULO VIII

El derecho a la ciudad. Poder local, participación y democracia 129

CAPÍTULO IX

Derechos de las comunidades originarias en Argentina:
entre la "constitucionalización simbólica" y el reconocimiento
del "hecho" del pluralismo jurídico 227

BIBLIOGRAFÍA 277

*A la memoria de Joaquín Herrera Flores que
falleciera prematuramente durante la edición
de este libro. Sus enseñanzas y recuerdos
están presentes en el brillante prólogo y en
cada una de las páginas de este texto.*

«Digan lo que digan los pesimistas históricos –afirmaba Thomas Mann en pleno viaje por mar a New York en 1934– la humanidad [...] se inclina sin duda ante el éxito, ante el *fait accompli* del poder, aunque en su origen esté un crimen. Pero en el fondo no olvida [...] lo violentamente injusto y lo brutal que ha sucedido en su seno, y sin su simpatía no puede sostenerse a la larga ningún éxito del poder». La humanidad se adapta, pero no olvida. En algún rincón de la memoria histórica se guarda el origen, muchas veces, criminal de la hegemonía existente. Los seres humanos mantienen siempre –aunque en la mayoría de las ocasiones de un modo inconsciente– una especie de conciencia histórica del fundamento del poder, de la riqueza y de la explotación. Una conciencia que el poder debe tener siempre en cuenta para reproducir su dominación. De ahí, las quemaduras de libros, las destrucciones sistemáticas de bibliotecas y de cualquier resto cultural que pueda aflorar dicha conciencia y convertirla en praxis política y social. El «ser como dioses» de la tragedia de Babel no quería significar otra cosa que la pura necesidad de compartir un lenguaje común que permitiese recordar que el poder no es un «hecho natural», sino un entramado de relaciones construido e impuesto en beneficio de los

menos y en perjuicio de las mayorías. «¡Confundámosles!» –afirma el dios de la Biblia–. Ocultémosles el fundamento del poder para que no sean capaces de llevar a la práctica la capacidad humana genérica de reaccionar críticamente frente al entorno en el que se vive.

En la misma línea hay que situar las amargas reflexiones que en 1930 nos legó Sigmund Freud en su famoso libro *El malestar en la cultura*. Escrito durante los años del fracaso inminente del experimento político y social que significó la República de Weimar, la pérdida de «cualidades» del individuo de su época y el ascenso imparable del nazismo, Freud nos mostró la omnipresencia de los instintos agresivos que, como ruinas antiguas, siempre están ahí a pesar del inmenso muro cultural con el que históricamente la humanidad ha pretendido controlarlos. Ante la dificultad de dar una respuesta satisfactoria a los problemas que nos plantea el instinto de muerte a la hora de afrontar el hecho de vivir en «relación social», Freud detecta una serie de salidas vicarias que tienen mucho que ver con lo que el profesor Alejandro M. Médici investiga en el magnífico libro que el lector tiene en sus manos.

Por un lado, tenemos la salida de la trascendencia. Al no poder soportar –o legitimar– la hostilidad a la sociedad y a la cultura entre cuyos fines está el control de los instintos agresivos de explotación y de dominación, las justificaciones teóricas del *estatus quo* se cobijan bajo el principio de la trascendencia. En vez de mostrar que todo producto cultural (obra de arte, teoría política, normas jurídicas...) se construye a partir de un conjunto de reacciones culturales *humanas* frente a los entornos de relaciones en los que estamos insertos, se afirma que tales productos culturales surgen de alguna esencia humana o divina absolutamente ajena o trascendente a la praxis de los individuos y los grupos. La política, el arte o el derecho se perciben entonces como entidades situadas más allá del circuito de reacción cultural a partir del cual tales individuos y grupos intentan controlar sus vidas. Estamos ante lo que podríamos denominar la *hostilidad hacia lo humano-cultural*.

Por otro lado, tenemos la salida de la abstracción. Si el fin básico de las justificaciones políticas y jurídicas del orden hegemónico vigente tienden a que olvidemos los fundamentos del mismo, la mejor vía para tal objetivo es «descontextualizarlo», entenderlo como un orden que se da al margen de las circunstancias políticas, económi-

cas, sociales y culturales en los que surgió y para los que surgió. Tenemos, pues, el principio de abstracción que funciona planteando constantemente una *hostilidad hacia el contexto*.

Y, finalmente, tenemos la salida de la formalización. Decía Freud que los seres humanos, ante esa conciencia histórica de la permanencia de los instintos agresivos, usamos el mecanismo de la sublimación. Es decir, canalizamos constantemente lo que se nos oculta –u ocultamos– hacia satisfacciones indirectas como pueden ser el arte o la ciencia. Cauces que, según el fundador del psicoanálisis, alejan al sujeto cada vez más del mundo externo en el que vive. Estamos, pues, ante el principio de formalización. Ante la tendencia, muy bien anclada en el pensamiento jurídico, de que lo que fundamenta una norma jurídica es, bien otra norma jurídica, bien el procedimiento lógico de subsunción de dicha norma en un ordenamiento que es, en sí mismo, lógico, completo y coherente. Sublimamos el fundamento en una huida hacia la forma. Llegando con ello a basar todo nuestro análisis en una *hostilidad hacia la materialidad –y/o eficacia– de los productos culturales*.

Estos tres principios –y sus correspondientes «hostilidades»– provocan ese «malestar de la cultura jurídica» que el profesor de la Universidad Nacional de La Plata y autor de este libro nos revela sistemáticamente en las páginas que siguen. Esta tarea la asume Alejandro M. Médici distinguiendo entre dos ítems: «políticas» y «derechos». Distinción realizada en beneficio de la claridad expositiva, dadas las íntimas relaciones que –aunque negadas y ocultadas por la ideología jurídica dominante, de ahí el malestar denunciado por nuestro autor– existen entre lo político y lo jurídico (base de las propuestas del movimiento del «uso alternativo del derecho» italiano y español, de los «Estudios de Crítica Legal» anglosajones y la «Teoría Crítica del Derecho» latinoamericana, tan bien analizadas en las páginas iniciales del texto que prologamos). En este lugar, hay que destacar dos claves muy importantes para la lectura del texto del profesor Médici. En primer lugar, haber designado los «ítems» bajo los que se estructura toda su reflexión utilizando el plural. Efectivamente, no hay política, hay «políticas»; del mismo modo que no hay derecho, sino «derechos». Es decir, para entender la política y el derecho en el mundo contemporáneo no hay otra salida que aceptar y poner en práctica el «pluralismo jurídico» y el «pluralismo de opciones políticas», tan

acertadamente expuestos por el autor en las páginas dedicadas al reconocimiento de las producciones culturales que conforman y norman las comunidades originarias del continente latinoamericano.

Y, en segundo lugar, toda la reflexión de nuestro autor gira alrededor de la distinción efectuada por Karl Marx en el libro I, capítulo VI inédito de *El Capital*. En estas páginas, Marx distingue entre el proceso de subsunción formal y el de subsunción real del ser humano en el capital. En el proceso de subsunción formal la medida de la explotación del trabajador es tomada a partir del número de horas que el mismo trabaja para sí y para el empresario capitalista. Medida concreta que supuso la base de las políticas de control social del llamado «Welfare State» y de las luchas sindicales y políticas que recorrieron los dos primeros tercios del siglo XX. Sin embargo, Marx también hablaba del proceso de subsunción real del hacer humano en el capital. Es decir, la integración y sumisión absoluta de cualquier tipo de actividad humana en los intereses de la acumulación del capital. En este proceso, la medida de la explotación ya no es tan clara como cuando se trataba de la famosa «ley del valor»: la plusvalía sacada por el capitalista al trabajador en el marco de la empresa. Ahora —en términos de la teoría jurídica, política y social que vienen desarrollando Antonio Negri y sus compañeros de reflexión y de lucha desde los años setenta del siglo XX— es más difícil, si no imposible «medir la explotación» —es decir, el proceso a partir del cual esa explotación del trabajo humano se convierte en capital—. Este tema, pues, se ha convertido en el reto de la teoría y la política del neoliberalismo globalizado y, por supuesto, de los intelectuales y movimientos que se resisten globalmente a las mismas. Cómo medir la explotación y, por supuesto, cómo poner en práctica políticas de control social que desborden el marco de la empresa y se extiendan a toda la vida de los seres humanos. Es lo que Alejandro Médici aborda en todo su análisis acerca de la «biopolítica» y de los factores que Foucault denominaba los aspectos cruciales de la «gubernamentalidad liberal».

Todo esto, aplicado a los «derechos», hace que Alejandro M. Médici fundamente todos sus argumentos en la «Teoría Crítica de los Derechos Humanos» que venimos trabajando conjuntamente desde hace ya bastantes años en el marco del Programa Oficial de Postgrado en «Derechos Humanos y Desarrollo» que se imparte en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Es precisamente en el ámbito de

los derechos humanos donde ese malestar de la cultura jurídica se ve con mayor nitidez. La teoría tradicional que analiza los derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional cae tristemente en muchas ocasiones en esa triple trampa de la trascendencia, la descontextualización y la formalización que indicábamos más arriba. Al comenzar a trabajar los derechos humanos desde su reconocimiento jurídico, gran parte de la teoría internacionalista parece aceptar los fundamentos liberales que Foucault nos muestra en *El nacimiento de la biopolítica*. Comenzar por los derechos nos puede ocultar todo el entramado de intereses, pasiones y objetivos de dominación que, como subyacía en el texto de Sigmund Freud, intentan ser ocultados o sublimados, pero que nunca desaparecen del todo. La teoría crítica de los derechos no deslegitima, ni desprecia el esfuerzo internacional por garantizar las luchas sociales por el acceso igualitario a los bienes. Pero, lo que sí hace es colocar el derecho en su justo lugar. No al principio del análisis; sino, al final, en el momento de las garantías. Con lo que el derecho aparece como lo que es, ni más ni menos, un sistema de normas que garantiza un determinado acceso a los bienes que hacen digna la vida de las personas. Si ese «determinado acceso» tiende a colocar a unos en posiciones privilegiadas y a otros en posiciones subordinadas, la teoría crítica de los derechos afirmará la «indignidad» de tal situación y se esforzará en proponer otras vías y otros cauces más acordes con las luchas y las prácticas sociales que siempre están antes de los reconocimientos jurídicos.

Como afirmaba Baruch Spinoza no puede haber derecho sin un poder que permita primero reconocerlo y después ponerlo en práctica. La abstracción que provoca el malestar en la cultura jurídica no procede de algún tipo de justificación ideológica, sino de haber olvidado —u ocultado— que tras todo derecho siempre existe una determinada posición de poder, una determinada «potencia» de hacer y deshacer el mundo (en los términos de Spinoza y Gilles Deleuze). Cuando el derecho se implementa de un modo separado a las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que permiten su realización efectiva —es decir, cuando se fundamenta en los tres principios y las tres hostilidades con que comenzábamos este prólogo— da lugar a una igualdad fantasmagórica que se realiza bajo la forma de una desigualdad absoluta. De ahí que Spinoza en el capítulo IX de su *Tratado Político* pueda afirmar que «querer establecer la igualdad entre des-

iguales es algo absurdo», por no decir, injusto y favorable a los intereses y pasiones de los poderosos.

El profesor Alejandro M. Médici se esfuerza con todo el bagaje de su conocimiento en teoría política, sociológica y jurídica por plantear soluciones a ese malestar en la cultura jurídica que sufrimos en la actualidad. En ese sentido, el texto que el lector tiene ante sí, además de informarnos acerca de las teorías políticas y jurídicas contemporáneas, nos incita a huir de toda «servidumbre voluntaria», de toda donación de nuestra capacidad humana de rebeldía al tirano de turno. Sigamos las indicaciones de este magnífico y necesario libro. Y apliquemos nuestros esfuerzos a desentrañar el crimen, el robo, la violencia que subyacen a toda hegemonía política y jurídica que pretenden hacernos olvidar los fundamentos en los que se basan sus privilegios. Ese es el único camino para articularnos con las prácticas sociales que, buscando alternativas al presente, se tensan hacia un futuro cada vez más cercano y posible.

Joaquín Herrera Flores

(Director del Programa Oficial de Postgrado en
«Derechos Humanos y Desarrollo», Universidad
Pablo de Olavide, Sevilla, España)

INTRODUCCIÓN

El malestar en la cultura jurídica contemporánea. Una lectura sintomática

Los contextos de origen, la conmensurabilidad y la circulación temática del malestar de la cultura jurídica

Los ensayos sobre políticas del derecho y derechos humanos que forman este libro son comprensibles a partir del malestar cultural contemporáneo. Empecemos entonces por algunas imágenes, postales de los desolados escenarios y paisajes de este malestar que repercute también en la cultura jurídica y reclama otras políticas del derecho:

En el terreno de la enseñanza, por ejemplo, la contradicción entre [...] la respuesta que permiten dar las instituciones escolares por un lado y el mercado de trabajo por el otro se hace dramática. Millones de jóvenes ven como se degrada progresivamente el sistema de la enseñanza y, con ello, cómo se frustran sus propias aspiraciones a obtener una calificación e insertarse profesionalmente en las relaciones sociales de un modo fecundo.

La crisis económica. Precios que se disparan vertiginosamente en un solo año. Salarios y sueldos cuyo poder adquisitivo resulta disminuido: millones de trabajadores que desde el crecimiento de la sociedad esperaban un mejoramiento de sus pro-



pías condiciones de vida contemplan cómo se les retribuye ahora a los niveles más bajos, de pura subsistencia o poco más.

el ataque sistemático y progresivo a las instituciones; en el desenfadado uso de los decretos-ley y en el desprecio por el Parlamento [...]; el deliberado empeoramiento de las instituciones fundamentales de la república, incluso a través de los recientes escándalos sobre la financiación de los partidos políticos. (Barcellona, Cotturri, 1976: 12-13)

Estas sentencias, que parecen escritas para describir la situación social contemporánea de la Argentina o de alguno de los países vecinos de nuestra región latinoamericana son, sin embargo, descripciones que se ubican en el inicio de uno de los textos clásicos de crítica jurídica, una de las obras fundadoras del Movimiento del *Diritto Alternativo* en Italia. Se trata de *El estado y los juristas* de Pietro Barcellona y Giuseppe Coturri, donde se explicaba el contexto de surgimiento de dicho movimiento como parte de una tendencia de malestar y movilización social más vasta, que incluía a las profesiones y prácticas jurídicas.

La hipótesis de la que partimos entonces empieza a desarrollarse: existe un malestar de la cultura jurídica contemporánea que ha sido, en contextos específicos y diversos, pero comparables a partir de una lectura sintomática del funcionamiento de la práctica jurídica en sus respectivas condiciones histórico-políticas, el caldo de cultivo para el surgimiento de prácticas jurídicas críticas o alternativas. «Críticas» o «alternativas», tal como esas mismas tendencias se han definido.

Movimientos y corrientes de juristas que tienen su origen en el activismo judicial, la abogacía popular, la academia y la educación jurídica han reaccionado frente a los síntomas de este malestar. *Uso Alternativo del Diritto*, *Critical Legal Studies*, *Direito Alternativo*, *Teoría Crítica del Derecho*, *Crítica Jurídica*, son algunos de los nombres de estas tendencias que expresan el malestar de la cultura jurídica contemporánea.

A partir del ciclo de movilización que se inicia desde fines de los años sesenta en Estados Unidos y Europa, y en especial de la transición democrática española (y aquí cabe destacar el importante papel de puente jugado por el movimiento español de Jueces Para la Demo-

cracia y de los estudios de Derecho Alternativo, entre el pensamiento crítico italiano, francés y español y las correspondientes corrientes en América Latina, y ello pese a la corta duración de su activismo en la península ibérica) y las transiciones en Argentina y Brasil, así como las prácticas jurídicas en los estados latinoamericanos, se generan las condiciones históricas, diversas pero conmensurables, de emergencia de estas corrientes.

En efecto, el uso alternativo del derecho europeo (Italia, España, Francia principalmente), es marcado por el ciclo de movilizaciones sociales que tienen como emblema el Mayo Francés, las luchas obreras y sus secuelas que acompañaron todo el primer lustro de los años setenta. En Italia en particular, se registra el desnivel entre la constitución socialmente avanzada de 1946 y la pervivencia de prácticas jurídicas que se apoyan en la legalidad fascista remanente o de corte liberal, contradictorias con los principios constitucionales.

En España, la recepción de estas corrientes jurídicas críticas se realiza al calor de las necesidades de políticas del derecho democráticas e igualitarias, que sirvieran para desmontar la legalidad del régimen franquista que golpeaba sobre la transición como una pesada hipoteca.

En los Estados Unidos de Norteamérica, el movimiento *Critical legal studies* surge a principios de los setenta como heredero de la tradición de luchas por los derechos civiles de la población afroamericana, del movimiento pacifista contra la guerra de Vietnam, y como reacción frente al belicismo de la política exterior estadounidense; adquiriendo un carácter fuertemente crítico de los límites de las políticas liberales y polémico frente al prestigio cultural de las academias jurídicas estadounidenses, consideradas como reproductoras del *statu quo*.

En América Latina, el fracaso de la vía chilena al socialismo llevada adelante por el gobierno de la Unidad Popular,¹ que intentó construir el socialismo manteniendo y transformando «desde adentro» la

¹ Este fracaso fue debido a complejos factores, entre los cuales, la feroz resistencia de la burguesía y las empresas transnacionales y su brazo armado en las Fuerzas Armadas, con la complicidad de agencias del gobierno estadounidense, no jugaron un papel menor.

legalidad del estado de derecho, fue un revulsivo que marcó el inicio de los estudios jurídicos críticos o alternativos y el correspondiente diálogo con las corrientes europeas y anglosajonas, generando las primeras reflexiones crítico-jurídicas en la década de los años setenta. Por ejemplo, en nuestro país, la reflexión madura de un Arturo Sampay en *Constitución y Pueblo* (1973), o en Chile del propio Eduardo Novoa Monreal, que debe exiliarse en México como consecuencia del golpe de estado contra el gobierno de Salvador Allende en 1973.

Las transiciones democráticas en Brasil y Argentina, cada una de ellas con sus particularidades y problemáticas específicas, fueron el telón de fondo del desarrollo —más plural, vasto y arraigado en las prácticas jurídicas de magistrados, abogados populares y académicos en el caso brasileño, y más restringido al ámbito filosófico y teórico en el argentino—, de las perspectivas críticas. Aquí, al choque entre las políticas del derecho requeridas por los procesos de democratización con la legalidad y las prácticas heredadas de las autocracias militares, se sumaba una realidad de desigualdad social extendida a las mayorías populares en el caso brasileño. Mientras que en Argentina, a la destrucción del perfil industrial y productivo del país, se sumaba el genocidio de una entera generación de militantes y cuadros sociales.

Razón por la que el discurso crítico y la práctica alternativa más enraizada en sociedades como la argentina o la chilena, durante sus respectivas transiciones, se produjo verdaderamente en términos de una revalorización del discurso de los derechos humanos y de la democracia, más que a través de una reflexión o unas prácticas alternativas encuadradas en otro tipo de pensamiento más sofisticado. En nuestro país, el desarrollo crítico teórico se produjo en grupos reducidos de cultores de la filosofía del derecho y la epistemología jurídica crítica, que han hecho importantes contribuciones desde la reflexión. Se trata del grupo de la UBA que integraban Enrique Marí, Alicia Ruiz, y Carlos Cárcova, entre otros. También en el campo de la criminología crítica y del derecho penal mínimo.

Es así, que uno de los autores españoles afines al alternativismo jurídico, el iusfilósofo granadino Modesto Saavedra, describe esta expansión de la cultura jurídica crítica a partir de una conmensurabilidad de sus contextos de emergencia: por el lado europeo, el carácter excepcional del momento político de fines de los sesenta y principios de los setenta que marcaba en Francia y en Italia la hegemonía de una nueva

izquierda política y cultural, y que coincidía en España con el declive del régimen franquista y el comienzo de la transición democrática. Una avanzada cultural y política progresista que contaba entre sus referentes a numerosos jueces y abogados críticos, y que por lo tanto estaba

dispuesta a trasladar la lucha ideológica y política a las instituciones, incluso a las instituciones judiciales, aprovechando los resquicios democráticos permitidos por el ordenamiento jurídico (sobre todo en el caso de Italia, permitidos por parte de la Constitución, en parte ineficaz y con un potencial extraordinario de cambio social). (Saavedra, 2004: 16)

Sin embargo, con el reflujo de la movilización social de esos años –que germinó en los llamados «nuevos movimientos sociales»: ecologistas, feministas, pacifistas, etc.–, y la confianza otorgada a la vía legislativa parlamentaria por las fuerzas de izquierda, el alternativismo jurídico mutó en Europa hacia lo que hoy se conoce como garantismo jurídico y/o neoconstitucionalismo, que podemos definir de forma provisional –ya que en realidad son posturas vinculadas pero diversas–, como el desarrollo por medio de la argumentación jurídica crítica y el activismo judicial, de todas las posibilidades del estado constitucional democrático y social de derecho.

En cambio son diversas las circunstancias de las sociedades latinoamericanas, como la brasileña, mexicana o colombiana, con textos constitucionales avanzados que connotan, sin embargo, un mundo distante de la experiencia cotidiana de las mayorías sociales respectivas. Cotidianeidad de vastos sectores sociales excluidos, minorías étnicas oprimidas, pobreza, carencia de acceso a la tierra y a la vivienda, carencia de servicios sociales básicos, fueron un motivo para que el alternativismo y la crítica jurídica germinaran de forma mucho más duradera.

En este cruce fue importante también la circulación internacional de postulados semejantes en la comunidad de los juristas y académicos del derecho críticos, que forman una corriente sin duda minoritaria pero activa y que permitió el intercambio de experiencias entre europeos y latinoamericanos en torno al derecho alternativo y la crítica jurídica. Así por ejemplo, el trabajo de Oscar Correas a través de su revista *Crítica Jurídica*, y de Jesús Antonio de La Torre Rangel, a través de la difusión de experiencias de uso alternativo del derecho en México; los

congresos de *Direito Alternativo*, organizados por la Universidad Federal de Santa Catarina en Brasil; el trabajo de Servicios Jurídicos Populares y la publicación de obras críticas a través de su editorial, del Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA) de Colombia; las cuatro ediciones del programa de Maestría en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica, dirigida por Joaquín Herrera Flores y David Sánchez Rubio en la Universidad Internacional de Andalucía, por citar sólo algunos ejemplos importantes, han sido fundamentales en esta fecundación mutua e intercambio de experiencias.

Estos escenarios o contextos de surgimiento de las corrientes críticas o alternativistas, siendo variados, dejan espacio sin embargo para la comparabilidad y la semejanza de las problemáticas y perspectivas planteadas. Algunas de estas problemáticas comunes que en sus distintos contextos concitarán la preocupación teórica y el activismo de estas corrientes pueden esbozarse a grandes rasgos, y de forma preliminar, en las siguientes:

- Las distancias entre la narración constitucional y la realidad social, política y jurídica cotidiana.

- Las condiciones de posibilidad adversas para el ejercicio de los derechos declarados para numerosos sectores sociales.

- El carácter opaco y ritualista del derecho y las prácticas jurídicas, que dificulta a los grupos sociales más desfavorecidos, el conocimiento y ejercicio de los derechos y el acceso a la justicia.

- El correspondiente carácter de los juristas de estado y/o de mercado, como conformadores de una verdadera «casta» sacerdotal, –tal el término utilizado por Barcellona y Coturri, como veremos–, dotada del monopolio del saber jurídico, ejercido preponderantemente al servicio de los intereses estatales y/o mercantiles.

- Una teoría del derecho que desde sus presupuestos idealistas acrílicos, sean positivistas o provenientes de alguna variante del iusnaturalismo, proclama la desconexión del derecho de sus contextos sociopolíticos, su cierre, sistematicidad y plenitud hermética. Más aún, la creencia en la objetividad de sus contenidos y en la posibilidad de encontrar siempre procedimientos de adjudicación rectos y apropiados al caso concreto, transformando en realidad bajo esta justificación, al derecho y los juristas, en maleables instrumentos de intereses al servicio de la reproducción del *statu quo*.

- La educación de los profesionales del derecho que tiende a reproducir estas funciones de forma acrítica, «fabricando» los operadores que dicho modelo de práctica jurídica requiere.

- Todas estas corrientes tienen en común definirse en contra de una práctica y unas teorías jurídicas dominantes que son consideradas cómplices de una cierta función reproductiva de las relaciones y las situaciones sociales consideradas injustas. Los juristas aparecen entonces, como protagonistas de unas prácticas burocráticas e intelectuales que reproducen un uso tradicional o normalizado del derecho, que consolida las relaciones de fuerzas sociales existentes.

El derecho, en general, es visto como un obstáculo al cambio social, tal la célebre tesis de Eduardo Novoa Monreal, en la obra homónima que es otro de los textos fundadores del *malestar de la cultura jurídica*, en este caso en el contexto latinoamericano y más específicamente mexicano:

mientras la vida moderna tiene en nuestros países un curso extremadamente móvil, [...] el derecho tiende a conservar formas que, en su mayor parte, se originan en los siglos XVIII y XIX, cuando no en el derecho de la Antigua Roma, con lo que se manifiesta enteramente incapaz de adecuarse eficientemente a las aspiraciones normativas de la sociedad actual. Esto puede advertirse en la mayor parte de los países que constituyen nuestro horizonte cultural, pero cobra mayor importancia en los países latinoamericanos, en los cuales se comprueba de modo particularmente agudo la subsistencia de enormes diferencias en la distribución de la riqueza y la existencia de una enorme masa, ampliamente mayoritaria, colocada en posición de menoscabo, víctima de la desnutrición, carente de vivienda, falta de educación y de atención médica. (Novoa Monreal, 1981: 15)

Y en ese uso tradicional o privilegiado del derecho, aparece la práctica usual y funcional de los juristas, que se puede comprender glosando una vez más a Pietro Barcellona y Giuseppe Coturri, en una cita extensa pero necesaria por representativa del malestar al que hacemos referencia:

Se trata de una capa de estudiosos y de prácticos que, al amparo de las instituciones, casi en la sombra, cumple con su oficio de

«mediación»; una capa que, sin embargo, –silenciando quiénes son los sujetos protagonistas de la historia, las fuerzas sociales y políticas–, pretende asumir el papel de protagonista de manera completamente autónoma [...] en la segunda mitad del siglo actual, quien se pone a leer un libro de derecho descubre en seguida unos rasgos bastante viejos. Parece como si la historia no hubiera existido; los conceptos se diluyen en la atemporal perennidad, en vano se buscará en los libros de derecho los grandes momentos de lucha que han significado giros decisivos en la vida y en las concepciones de todos: los movimientos de masas, las fuerzas reales que han determinado las opciones, no aparecen en ellos. Pero en cambio están presentes, todos (en las citas), los nombres de los grandes Maestros del Derecho; y también los de sus discípulos que han contribuido al progreso de la Idea. (Barcellona, Coturri, 1976: 12-13)

Algunas notas comunes a las tendencias jurídicas críticas o alternativas

Una vez justificada la posibilidad de una lectura sintomática y comparada de este malestar contemporáneo de la cultura jurídica que se verifica en la emergencia de estas corrientes críticas y alternativas, corresponde analizar cuáles son las notas comunes que las aproximan entre sí, distinguiéndolas del resto de las teorías jurídicas.

1. La crítica de las tendencias idealistas dominantes (positivismo, iusnaturalismo) en la formación de los juristas y la búsqueda de poner en crisis la forma de conexión que ellas plantean entre el derecho y la sociedad, sea planteando en el caso de las distintas variantes de iusnaturalismo un vínculo trascendental dado por un plexo de valores morales eternos de los que el orden positivo deriva su legitimidad; sea en la versión iuspositivista planteando la objetividad, sistematicidad y plenitud de los órdenes jurídicos. En esta empresa, sin duda las corrientes críticas y alternativistas son continuadoras de tendencias de pensamiento jurídico antiformalista anteriores, como las que significaron el «movimiento del derecho libre», la «jurisprudencia sociológica», la «jurisprudencia de intereses», el «realismo jurídico» en sus vertientes norteamericana y escandinavas, y el «socialismo jurídico» francés y alemán de fines del siglo XIX y principios del XX.

2. Por consiguiente, las perspectivas críticas o alternativas sostienen la necesidad de replantear la índole de las vinculaciones entre derecho y sociedad, mostrando el carácter histórico, político, relacional y hétero-referente de aquel. En suma, planteando el carácter constitutivamente impuro del derecho. Reubicando el derecho, sin negar su autonomía relativa ni su eficacia específica, dentro de la totalidad social. Y esto, a través de dos vías, a mi juicio no necesariamente excluyentes: una fundamentación que se genera en el pensamiento neomarxista menos dogmático y que pone énfasis en la autonomía relativa y la eficacia específica de la instancia jurídica de las formaciones sociales capitalistas; y otra basada en la consideración de las prácticas jurídicas en tanto que discursivas, portadoras no sólo de una función deontológica y de una eficacia instrumental referida a las conductas, sino también de una función ideológica y de una eficacia simbólica.

3. Esta reconexión del derecho con las tramas de relaciones que lo forman, –y a las que al mismo tiempo contribuye a formar–, permite dar un nuevo giro al problema de la indeterminación del derecho. Esta ya no resultará solamente de la textura abierta del lenguaje jurídico, con sus notas de ambigüedad y vaguedad, sino de las distintas fuerzas sociales con sus intereses y necesidades, con sus valores y preferencias en la regulación, por medio del derecho, de las relaciones sociales.

La indeterminación surge ahora por la posibilidad de distintos usos del derecho o de la existencia de alternativas de políticas del derecho. Esta indeterminación radical del derecho, exigirá explicitar cuáles son los intereses sociales a los que sirven los usos posibles del mismo. Se trata de una indeterminación que va más allá de los procedimientos técnicos por reglas de subsunción formal, interpretación y ponderación, ya que muestra cómo éstas también entrañan opciones éticas y políticas entre principios del derecho alternativos, que revelan el carácter político estratégico de las prácticas jurídicas.

4. A partir de una perspectiva crítica se defenderán los usos y las políticas del derecho desde las mayorías populares y los grupos discriminados o excluidos. Es decir, una perspectiva *ex parte populi*, una estrategia de confrontación contra lo que se considera una inercia conservadora por parte de las prácticas jurídicas dominantes, cuando no lisa y llanamente «cratos céntricas», es decir, instrumentalizadoras del derecho a favor de los centros de poder político y económico.

Existe por lo tanto una fuerte conexión entre la acción social colectiva reivindicatoria, el activismo jurídico, la posibilidad de un dinamismo de contenidos dada por la ambigüedad o indeterminación del derecho, en tanto que terreno de lucha y su impacto en las prácticas jurídicas. El orden jurídico es visto como una creación humana, y por lo tanto, imperfecta pero perfectible a través del trabajo proyectivo y crítico de los juristas alternativos para llenar sus lagunas y disolver sus contradicciones entre el nivel constitucional y el legal y administrativo.

Ello requiere un trabajo jurídico con las fuerzas sociales populares, más desprotegidas pero también impulsoras potenciales del cambio social. El activismo judicial, los servicios jurídicos populares, la alfabetización jurídica de la población, la educación popular en derechos humanos, más aún la comprensión de la instancia jurídica en el sentido común popular y su traducibilidad o incluso su carácter de derecho alternativo al estatal, la preocupación por los condicionantes sociales del ejercicio de los derechos y por el acceso a la justicia y la incidencia en las agencias públicas que determinan las políticas del derecho; son todas preocupaciones compartidas por las perspectivas críticas o alternativas.

5. Consecuentemente, estas perspectivas comparten también la convicción de la necesidad de empezar por la propia educación jurídica para modificar los procesos de formación académica de los juristas y que producen un modelo de profesional reproductor del *statu quo* y beneficiario de su pertenencia a una suerte de estamento privilegiado por su control del prestigio y del poder que supone la función de enunciación del discurso jurídico. En ese sentido, se proponen modificaciones profundas tanto en los contenidos como en las prácticas educativas jurídicas para formar profesionales, docentes e investigadores, diferentes al modelo de jurista burocrático estatal o de jurista mercantil, que se desempeñan como «intelectuales orgánicos» de la reproducción de las prácticas jurídicas hegemónicas.

6. Ello sobre la base de la congruente y complementaria crítica al funcionamiento de las instituciones de creación y aplicación del derecho, especialmente al poder judicial, las que son consideradas por estas orientaciones como rituales opacos y socialmente selectivos.

7. Toda esta batería de problemáticas y aproximaciones alternativas a la instancia y las prácticas jurídicas de la sociedad, tendrá un impacto en la construcción social de los derechos humanos, en tanto estos constituyen un discurso público disponible que contiene siem-

pre la posibilidad de una enunciación expansiva, que concreta desde nuevas situaciones, necesidades y subjetividades los principios del derecho más universales que se dan precisamente en el área de los derechos y de las garantías.

De ahí que, la defensa de los derechos será la vía estratégica de entrada al campo jurídico de los procesos de lucha por las plurales formas de entender la dignidad humana y romperán el tiempo eterno del uso tradicional del derecho, preñándolo de historicidad.

Las fuerzas y movimientos sociales, las organizaciones ciudadanas, serán portadoras de unas culturas de los derechos que dejarán huellas profundas y serán tanto causa como objetivo de las políticas o usos alternativos del derecho en diversos contextos espacio-temporales, entre los cuales las experiencias de América Latina tendrán un lugar destacadísimo. El malestar de la cultura jurídica tendrá una traducción constante en las prácticas de lucha por la dignidad que se enuncian en la forma de un discurso que reclama derechos.

Vinculación de los ensayos que siguen con la crítica del malestar en la cultura jurídica

Como dijimos al comienzo de esta introducción, los ensayos que conforman este libro son hijos de ese clima de malestar cultural que reclama políticas del derecho alternativas.

En ese sentido, están todos atravesados por la presuposición del carácter político del derecho y por la preocupación por los usos ideológicos o emancipadores que se pueden hacer del mismo, especialmente en términos de una reapropiación de los discursos y prácticas de derechos humanos.

Sin embargo, teniendo en cuenta el matiz dominante en cada ensayo han sido agrupados en dos partes: «Políticas» y «Derechos». La primera parte, «Políticas», agrupa los ensayos que tienen que ver más con la politicidad e indeterminación del derecho, vistos desde la reflexión vinculada a la teoría política. Las «políticas» entendidas no en el sentido de la politología como programas de gestión pública para fines específicos dentro de un determinado paradigma de gobierno, sino como perspectivas distintas y diversas sobre el uso posi-

ble del derecho y de los derechos. Como apertura crítica desde las perspectivas soterradas, negadas, silenciadas u olvidadas que se muestran desde un análisis genealógico.

En el primer ensayo, «El derecho en el derecho político», analizamos la crisis de sentido del Derecho Político como tradición crítica de reflexión acerca de la exorbitancia mutua del derecho y el poder, y también como asignatura en los planes de estudio de la carrera de Derecho. Sostenemos la necesidad de una puesta en día y una recuperación actualizada de tal perspectiva crítica. Por Derecho Político entendemos la práctica reflexiva que busque analizar las posibilidades y límites de la construcción de un derecho de fuente democrática, impulsado por los movimientos sociales críticos y la participación social, capaz de sujetar y regular los poderes sociales «neoabsolutistas» que se producen en el mercado y en el Estado.

En el segundo ensayo, «Políticas de la vida», analizamos las potencialidades de la noción foucaultiana de «biopolítica» (pero también de manera sumaria sus secuelas en el pensamiento de Giorgio Agamben y de Antonio Negri) y de «dispositivos de poder» para desarrollar una perspectiva crítica del derecho y los derechos.

En el tercer ensayo, «Políticas del derecho y gubernamentalidad neoliberal...», se desarrolla, desde la perspectiva de la interpretación genealógica de Foucault, la tesis crítica acerca de la radical indeterminación del derecho en tanto que producto cultural. El derecho aparece tensionado entre los intentos de normalización y la siempre presente apertura interpretativa que señala la posibilidad de otras políticas y usos del mismo. Finalmente se recorre esta tensión a través del análisis de la «gubernamentalidad» liberal y neoliberal, para dejar planteadas sus consecuencias en las prácticas de desarrollo y derechos humanos contemporáneas. Es decir, lo que llamamos hoy «globalización» sería la generalización extensa espacial e intensamente (en tanto abarca cada vez más actividades y aspectos de la vida), de las tendencias de la «gubernamentalidad neoliberal», que fueran explicadas de forma brillante por Foucault en sus inicios. Esta totalización del neoliberalismo, entendido como dispositivos y técnicas de poder en el capitalismo actual, son contrarias con la apertura interpretativa que exigen los derechos humanos y el desarrollo humano sustentable, salvo que nos resignemos a que estos últimos queden como meros discursos normalizados y legitimadores.

En el cuarto ensayo que cierra esta primera parte, «Democracia y derechos humanos en la perspectiva de Jacques Rancière», se busca invertir la perspectiva a partir de los conceptos de este intelectual. En vez de ver los procesos de biopolítica y gobierno desde la perspectiva «cratos céntrica», como en las minuciosas descripciones de Foucault y Agamben, se busca explicar la contingencia de todo orden social y político, que está siempre potencialmente expuesto a la impugnación del movimiento social de los excluidos y oprimidos que plantea, cada vez en forma nueva, un desacuerdo fundamental sobre el reparto de la palabra y de los bienes. Se trata de recuperar la productividad democrática fundamental de ese «desacuerdo», verdadera contrafigura desde los oprimidos del estado de excepción como práctica del poder.

En la segunda parte, «Derechos», el eje pasa a ser el de los límites, tanto internos, es decir, conceptuales; como externos, o provenientes del contexto, que encuentra el actual paradigma predominante en relación a los derechos humanos. Por comenzar con un ejemplo, las dificultades que encuentra el postulado de «universalidad, interdependencia e inescindibilidad» de los derechos humanos proclamado en la Conferencia de Viena de 1993, convocada por la ONU. Dicho principio, sostenemos, de ser llevado hasta sus últimas consecuencias resultaría un obstáculo insalvable para la acumulación de capital a escala mundial, y también para el actual orden mundial que se pretende construir desde la perspectiva geopolítica y geoeconómica de los Estados Unidos, sus estados y organizaciones internacionales asociadas.

También, se hace urgente la reflexión sobre los distintos y posibles usos del discurso de los derechos humanos, y la necesidad de comprenderlos como procesos de lucha por la apertura y consolidación de espacios (sociales, institucionales y normativos) de dignidad humana, entendida de manera plural; más que como productos ya dados y asegurados, que sólo esperan ser utilizados por los operadores de las burocracias y organizaciones técnicamente capacitados para ello.

Es necesario entonces recorrer las potencialidades y límites del paradigma garantista del estado de derecho en el contexto de la globalización neoliberal y las tensiones al interior de su propio funcionamiento entre instituciones contramayoritarias y democracia.

El primer ensayo que abre esta segunda parte, «Legitimidad y legalidad en el paradigma garantista del estado de derecho», analiza entonces dicho paradigma constitucional y democrático y las renovadas exi-

gencias que plantea para hacer posible la legitimidad a través de la legalidad, su teoría de la democracia, de los derechos fundamentales, del papel de los operadores jurídicos y de la ciencia jurídica misma.

El segundo ensayo, «Globalización y crisis del estado de derecho», en cambio, plantea los límites del paradigma del estado de derecho y de la universalidad de los derechos humanos en el contexto del pluralismo jurídico de la globalización neoliberal. En efecto, lejos de ir hacia una sociedad cosmopolita y de universalización de todos los derechos humanos (entendidos como interdependientes e indivisibles), la interlegalidad propia de la globalización enlaza formas diversas de derecho que tienen fines y lógicas de funcionamiento contradictorias con la de los derechos humanos, como por ejemplo, la nueva *lex mercatoria*, o el derecho internacional público de la internacionalización de los mercados (Organización Mundial del Comercio –OMC–, Alianza de Libre Comercio de las Américas –ALCA–, Tratados de Libre Comercio). Pero dicha interlegalidad, no es caótica sino que muestra una trama jerárquica y hegemónica a través de los diferenciales de eficacia de los distintos derechos y sus sujetos (empresas transnacionales y personas de carne y hueso) concurrentes. En síntesis, sólo pueden universalizarse los derechos compatibles con la libertad de acumulación y movilidad del capital mundial.

El tercer ensayo, «El trabajo de la democracia en el estado de derecho», trata sobre las discusiones históricas y teóricas acerca de la tensión entre democracia y estado de derecho (en sus aspectos contramayoritarios), y postula la posibilidad y la necesidad de recuperar el trabajo de la democracia en el estado de derecho por medio de un renovado igualitarismo social, la generación de consensos exigentes, es decir que no pueden darse por supuestos sino que deben ser renovados a partir de la participación ciudadana cotidiana en los procesos y decisiones que afectan su vida, y la innovación institucional.

El siguiente ensayo, «El derecho a la ciudad. Poder local, participación y democracia», intenta empezar a plantear la problemática de los derechos en el ámbito urbano: el derecho a la ciudad, las garantías de proximidad. La perspectiva que utiliza es la de considerar que la construcción social y pública de los ámbitos urbanos debe ser obra de la ciudadanía activa. Las políticas locales de participación ciudadana son condición y garantía esencial del ejercicio activo de los derechos humanos en la ciudad y por lo tanto, del derecho a la ciudad como

derecho a tener derechos en ese ámbito. Se analizan las distintas políticas locales de participación, y especialmente, se esbozan variables para evaluar las potencialidades y límites de las prácticas de presupuestos participativos como garantía del derecho a la ciudad. También y una vez más, todo ello en el entendimiento que la renovación de la democracia hoy, exige igualitarismo social, innovación institucional y consensos exigentes que tienen en la ciudad su ámbito potencial de despliegue, por la proximidad y cotidianeidad potencial entre las cuestiones públicas, la ciudadanía y los gobiernos locales.

Finalmente, el último texto, «Derechos de las comunidades originarias en Argentina: entre la constitucionalización simbólica y el reconocimiento del hecho del pluralismo jurídico», está dedicado a analizar los obstáculos que la práctica constitucional y la cultura jurídica dominante plantean al ejercicio de los derechos de las comunidades originarias en Argentina. Se verifican las ambigüedades e insuficiencias de la actual práctica constitucional de reconocimiento de los derechos de las comunidades originarias en nuestro país, que subutilizan las posibilidades hermenéuticas abiertas por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

Se propone una interpretación alternativa dada por el reconocimiento del hecho social del pluralismo jurídico existente en el territorio del estado argentino, y la consiguiente necesidad de una hermenéutica diatópica en los procesos constitucionales en que se ponen en juego los derechos de las comunidades, tanto en sus dimensiones sustantivas como adjetivas.

Estos ensayos son versiones de ponencias y artículos escritos para publicaciones especializadas o presentados para su discusión en diversos ámbitos académicos, y si bien creemos encajan unos con otros y están recorridos por preocupaciones teóricas y prácticas comunes, por eso mismo, advertimos al lector atento sobre la insistencia en algunas de las cuestiones básicas puestas en discusión en materia de teoría política y de teoría de los derechos humanos.

Agradecimientos

Toda obra es colectiva. Estas reflexiones son deudoras de sus textos y contextos inspiradores. En ese sentido, sería no sólo desagrade-

cimiento sino también abuso no recordar a los queridos profesores y colegas que han enriquecido con sus inspiraciones, discusiones y lecturas atentas estos ensayos.

En primer lugar, es de justicia agradecer a quienes han sido mis referentes formativos más importantes. En Argentina, sin duda el maestro Juan Carlos Rubinstein, con quien empecé a trabajar como ayudante estudiantil cuando era mucho más joven. En España, al director de mis trabajos de tesis doctoral y de maestría Joaquín Herrera Flores.

Por esos años, afortunados y formativos en Sevilla que recuerdo con tanto cariño, los docentes y compañeros del programa de doctorado en Derechos Humanos de la Universidad Pablo de Olavide.

En Brasil, los encuentros de Direito Alternativo en la Universidade Federal de Santa Catarina, la posibilidad de compartir problemas e inquietudes sobre temas comunes en los postgrados de la Universidade Federal de Paraná, los aportes y reflexiones de los colegas brasileños han sido también de importancia fundamental para formar estas inquietudes que presentamos.

Finalmente, en Argentina estoy empezando a encontrar preocupaciones comunes y comenzando un ciclo de colaboración con profesores que comparten esta percepción de un cierto malestar en la cultura jurídica como son mis compañeras y compañeros de docencia e investigación en Derecho Político y Derecho Constitucional: Monserrat Lapalma, Miguel Benedetti, María de las Nieves Cenicacelaya, Sofía Ballesteros, Verónica Piccone, Carlos Pescader y Franco Catalani. En especial quería agradecer a los profesores y graduados que intervinieron en el seminario «Perspectivas Críticas sobre el Derecho y los Derechos» en el primer cuatrimestre del 2008, y a los invitados especiales, Oscar Correas y Antonio Carlos Wolkmer, que desde México y Brasil, respectivamente han enriquecido la Facultad de Ciencias Jurídicas. y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, dictando sendos cursos y seminarios vinculados con la perspectiva crítica del derecho y las prácticas jurídicas.

PRIMERA PARTE

Políticas

CAPÍTULO I

El derecho en el Derecho Político: pensamiento crítico de la exorbitancia mutua entre derecho y poder

La crisis del Derecho Político

Desde hace unos años, vivimos una crisis del sentido de los estudios de Derecho Político en la formación de los futuros operadores jurídicos. Ella se manifiesta en la sustitución de la denominación de la asignatura en numerosos planes de estudio: teoría del estado o ciencia política son las que se presentan como alternativas, pero mucho más allá que de una cuestión de nombres, se trata de la pérdida del sentido crítico, sobre el que en seguida nos explayaremos, que el Derecho Político tuvo en su especificidad moderna y que sostenemos, es necesario rescatar en la formación de las profesiones jurídicas.

Muchos rechazan actualmente la denominación tradicional de la materia y proponen alguna otra «Teoría Política», «Ciencia Política», etc., ya que aquella (por el Derecho Político), nos remite a una perspectiva decididamente positivista, reduciendo el estudio de los fenómenos políticos al funcionamiento del estado, su diseño institucional e identificándolo con el derecho. Resulta entonces que, como contenido principal del Derecho Político aparece la teoría del estado. Si se le intenta comprender como teoría del poder, se identifica con la ciencia política, estudiando las relaciones de mando/obediencia, los fenó-



menos políticos, partidos y grupos de interés, vaciando de contenido al así llamado Derecho Político (Delanoy y otros, 2006: 13-14).

Además, «la denominación nos viene de la tradición española, por medio de Sánchez Agesta, Ollero, Fraga Iribarne, [...] todos ellos con influencia de Javier Conde, con su perspectiva franquista del pensamiento de Carl Schmitt» (2006: 18). En todo caso, manténgase o no la denominación Derecho Político, una *lectura sintomática* de esta situación nos hace concluir que:

a. o bien la materia se ha transformado en un conjunto enciclopédico de nociones de ciencia y teoría política encajados en los planes de estudio de derecho para la cultura general de los futuros abogados. Esto de forma más o menos desconectada del resto de los contenidos curriculares, carente de toda reflexión sobre la politicidad del derecho y la responsabilidad resultante para los operadores jurídicos, la importancia y la incidencia de la socialización del conocimiento y el ejercicio del derecho en la distribución del poder y la práctica de la ciudadanía, en suma, para la profundización de un proceso de democratización, en sociedades marcadas por profundas asimetrías y desigualdades sociales como la Argentina.

b. Peor aún, el Derecho Político o las asignaturas sucedáneas afines se han transformado en muchos casos en un saber acrítico que muestra y justifica cómo el derecho puede ser un instrumento del poder, escudándose en un pretendido «realismo». Una disciplina que enseña la desvinculación jurídica del poder.

En cualquiera de los dos casos, el sentido crítico y ético del Derecho Político, su importancia en la formación jurídica, encuentran una profunda crisis.

Los términos de la relación que el Derecho Político significa entre derecho y política son cualificados por el primero de los términos. En efecto, el derecho busca vincular jurídicamente al poder, formarlo, determinar qué puede y qué no puede hacer, qué debe y qué no debe, así como de qué manera.² Por eso, no se trata de cualquier derecho, sino

² Mario Justo López luego de trazar la historia del significante («*de la expresión*», en su terminología), se detiene en el *significado* y su sentido (el «concepto» y la «valorización de la expresión»), desarrollando un esbozo de la historia conceptual del Derecho

del que surge de la propia sociedad organizada políticamente en forma democrática, el que tiene capacidad para configurar competencias y marcos de ejercicio de un poder racionalizado. De más está decir que, esta tarea es difícil y problemática, que hay una tendencia a la mutua exorbitancia entre los términos de la relación que por momentos amenaza convertirse en un *oxímoron* y que comprenderlo así requiere de un enfoque histórico, relacional e impuro, pero sobre todo crítico para no caer en enfoques hiperrealistas, escépticos en cuanto a la capacidad regulatoria del derecho, ni tampoco en el extremo opuesto de un idealismo jurídico distante de la tosca materia de la realidad de la política y del poder. El problema está siempre abierto y se trata de comprender los alcances, posibilidades y límites de una vinculación jurídica del poder, desde la perspectiva de los derechos y de la democracia.

Esas señas críticas del Derecho Político, pese a que con el tiempo —como vimos al principio de este trabajo— se fueron difuminando, reaparecieron sin embargo, de vez en cuando, como síntoma de los procesos sociales de lucha por la apertura y consolidación de las plurales formas de entender la dignidad humana.

Por citar brevemente algunos antecedentes en la historia nacional, el término aparece vinculado desde el principio al movimiento independentista de Mayo a través de uno de sus más lúcidos expositores, y más decididos actores, Mariano Moreno, quien traduce *Del Contrato Social*, o *Principios de Derecho Político* de Jean Jacques Rousseau.

La primera cátedra de Derecho Político, a cargo de Mariano de Vedia y Mitre, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se crea en 1922 en el marco del movimiento de la Reforma Universitaria de 1918, como ariete de las nuevas ideas que venían a cuestionar la formación tradicional de los juristas como transmisores y formuladores normativos de las palabras del poder.

Y, sin ir más allá del ámbito de la propia Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, el Dere-

Político articulando el significante con los contextos histórico pragmáticos de surgimiento, para desentrañar entonces las transformaciones del sentido del mismo, enfatiza el carácter normativo de nuestra disciplina. Más allá de las aproximaciones de Justo López, queda pendiente la tarea de desarrollar el Derecho Político desde la perspectiva de la historia conceptual o intelectual, es decir, desde sus contextos pragmáticos de emergencia. Ver Justo López, 1983, p. 117.

cho Político supo tener educadores brillantes que renovaron su sentido crítico e identificaron las formas contemporáneas de violencia y absolutismo social, como han sido, entre otros, Carlos Sánchez Viamonte, y Silvio Frondizi, este último, víctima de la violencia paramilitar de la Triple A en 1975.

El derecho en el Derecho Político: teoría impura y relacional

Existe, como planteaba el jurista y epistemólogo crítico Enrique Marí, una ficción recurrente en la autocomprensión de los juristas: se trata de la creencia en la uniformidad semántica del discurso jurídico. De ahí que en reconocimiento de deuda intelectual y homenaje a la memoria de Marí, comenzaremos esta parte citándolo extensamente:

¿Con qué categorías hay que dar cuenta de la presencia en el campo de la producción semántica del derecho de otros discursos que no obstante ser distintos en su origen, forma y función, lo determinan y fijan las condiciones de su aparición material? [...] ¿Cuál es la regla de formación del discurso jurídico que al mismo tiempo entrelaza y criba otros discursos, los incorpora y expulsa a uno de su dominio, los aplica y debilita; los integra y frustra; organiza su campo semántico con ellos y los desconoce acto seguido para lograr la identidad de su especificidad? (Marí y otros, 1982: 57)

Los interrogantes formulados en el párrafo citado, se refieren a la *relación de alusión-elusión* en el proceso de producción del derecho por parte de legisladores, gobernantes, burócratas y jueces. Este proceso se vive como un desajuste, desplazamiento, ruptura entre la formación del discurso jurídico y este discurso como producto final: «El desconocimiento de esta alteración permite a la ciencia jurídica hablar de un objeto jurídico único, de un campo semántico uniforme [...] y presentar lo que es un efecto de superficie como unidades ininterrumpidas, existentes y completas desde su origen» (1982: 58). En ese proceso constitutivo del discurso jurídico en sus distintos niveles,

los valores e intereses de las fuerzas sociopolíticas influyen y condicionan la producción normativa, y sin embargo, estas manifestaciones de relaciones de poder, de intereses y de valoraciones sociales parecen desaparecer del derecho positivo como producto final. Solamente por medio de esa operación de alusión/elusión y de desplazamiento, puede aparecer el derecho como producto de una operación meramente técnico normativa. Todo derecho se organiza en relación a un mecanismo o dispositivo de control que está ubicado en un campo extrajurídico, a saber, de instituciones, de acontecimientos políticos, y de sucesivas distribuciones de poder que señalan del discurso jurídico: por un lado, su cara legible, y por el otro, el orden concreto, ausente, no dicho, de significaciones previas.

La indeterminación del discurso jurídico, no es entonces sólo producto de la textura abierta y ambigüedad del lenguaje, sino producto de una dimensión política del derecho que oscurece u opaca toda pretensión de corrección técnica, claridad, homogeneidad y uniformidad semántica del lenguaje jurídico. Entre el proceso de formación y el producto final formado hay una ruptura, una brecha o distancia. En todo caso la ley sancionada o la sentencia judicial son producto de una relación de fuerzas entre intereses y valores sociales en pugna. Unos discursos ausentes constituyen el condicionante principal, pro- venga de razones políticas, morales, económicas, ideológicas, etc.

Detrás de la creación, interpretación y aplicación del derecho existe siempre una política del derecho que responde a una circunstancia histórica, que informa una visión de las fuerzas sociopolíticas hacia el derecho, y de los operadores jurídicos hacia la sociedad. Ello se debe a que el campo de objetos del Derecho Político es constitutivamente impuro. Como lo explica Joaquín Herrera Flores, la filosofía y la cultura occidentales han apostado desde sus inicios en Grecia por una reflexión sobre lo puro, lo incontaminado, lo único, y por un rechazo de todo lo que se considera impuro, contaminado, mezclado, plural. Sin embargo, lo único que podemos conocer es aquello que tiene rugosidades, disparidades y mezclas. Sólo lo impuro es cognoscible, en tanto se haya situado en un espacio, en un contexto tanto material como cultural, asimismo sólo lo impuro es describible, divisible en partes y considerado plural, es decir, con partes propias y compartidas. Y finalmente, sólo lo impuro es narrable, sólo lo que va

cambiando en el tiempo, sometido al devenir, es objeto de narración (Herrera Flores, 2000: 31). En cambio, a lo puro sólo puede llegarse por vía negativa, es decir, despojado el pretendido objeto de conocimiento de todas sus impurezas y negándose sucesivamente los atributos de la existencia para construir un ideal o modelo que resulta ser una violencia a la complejidad de la realidad.

El objetivo y la perspectiva de abordaje del derecho en el Derecho Político debe explicitar esa impureza mostrando la trama entre derecho e intereses, valores y relaciones de poder social: «el discurso jurídico producto final descarta el discurso político pero sólo se comprende por lo que descarta» (Entelman, 1989: 297-298).

Estas características de simultánea ostentación y negación, alusión y elusión de la relación entre derecho y poder, reafirman la necesidad de rescatar la perspectiva del Derecho Político en tanto teoría relacional que contextualiza la articulación entre derecho y política en un conjunto social más amplio. El derecho público moderno es el punto donde, de forma constitutiva –es decir, en la creación, interpretación y aplicación jurídica– se articulan, luchan y convergen distintas formas históricas, intereses y valores de fuerzas sociopolíticas, expresadas a veces, como ideologías más o menos coherentes.

Existe una articulación entre el universo político entendido como un campo en que las fuerzas políticas se enfrentan, se potencian, se neutralizan y/o se imponen unas a otras y el derecho. Por fuerzas nos referimos a sujetos (individuales o grupales) que, movidos por determinados intereses y valores, buscan imponer su voluntad a través de formas de influencia como son las amenazas, las contraprestaciones y las argumentaciones (D´auría, 2004: 25).

El derecho, es una técnica de objetivación de juicios que no puede desconectarse del contexto histórico de intereses y valores que se van generalizando por medio de esa relación antagónica entre las fuerzas sociales. El derecho es un criterio de validación de juicios fundado en la objetivación de intereses y valores. El juicio se funda en una forma histórica de veredicción, en un régimen de producción de verdad con sus correspondientes figuras de saber-poder (Foucault), o en lo que Jürgen Habermas llama un paradigma jurídico.

El análisis de los paradigmas jurídicos implica problematizar «los nexos de sentido que permanecen latentes [...] y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social,

y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales» (Habermas, 1998: 470).

Las fuerzas que se mueven en el universo político generan, principalmente a través de la mediación estatal y de forma simultánea, poder y derecho. Así se da la compleja relación que articula los dos términos: el derecho dota de legalidad al poder político y el poder político dota de efectividad al derecho, al respaldarlo con sus medios de influencia y en especial con la amenaza que anticipa el recurso último de la coacción.

El derecho es una representación y realización (integración, construcción) del orden social deseable. Es un sistema de reglas jerarquizadas, vinculado al imaginario social o representación del orden deseado y deseable. Pero, por eso mismo, no es reflejo pasivo o inerte, sino que, al mismo tiempo el derecho construye e integra ese orden y ese imaginario (Marí, 1993: 220-221).

Las notas distintivas del derecho político moderno: continuidades y rupturas

Las notas distintivas de la acepción moderna del Derecho Político, que ya no podrán reducirse a la mera relación entre gobernantes y gobernados juridificada, se van perfilando en ese espacio de tensión entre derecho y poder.

Existen dos formas de visualizar ese espacio de tensión, de exorbitancia mutua. El notable libro de Goyard-Fabre *Los principios filosóficos del Derecho Político moderno* (2002), tiene la virtud de rescatar la tradición filosófica que marca la especificidad del Derecho Político moderno. Pero su debilidad está dada por una visión lineal y progresiva de su desarrollo, que acentúa demasiado su continuidad y los aspectos comunes de la filosofía política que alimenta esta reflexión sobre el poder y el derecho.

Para Goyard-Fabre el Derecho Político es el conjunto de reglas que estructura la aparición de la potencia de los estados. La existencia del Derecho Político significa que la política no se reduce a simples relaciones de fuerza, y que la potencia no es poder (2002: 2). ¿Cuáles serían las notas distintivas del derecho político moderno que deben ser tenidas en cuenta como materiales para su reconstrucción

contemporánea y su enseñanza? su carácter de construcción humana, artificial por lo tanto, su vocación para racionalizar el poder, su individualismo y su igualitarismo. El orden político es obra humana, contingente y sometida por lo tanto a las pasiones y a las ambiciones. Su construcción deberá intentar escapar a esos vaivenes de la fortuna, por medio de la virtud (Maquiavelo), o por medio de una concepción racional, geométrica y mecanicista (Hobbes) que evite las ambiciones encontradas de la multitud.

Se abre espacio entonces una concepción secular de la política que piensa sus condiciones de posibilidad desde supuestos diversos a los hasta entonces predominantes teológicos y pastorales.³ La concepción histórica se abre al porvenir, la inestabilidad e imprevisibilidad resultante de las coyunturas entre virtud y fortuna abren un horizonte de contingencia en Maquiavelo, mientras que la racionalidad *more geometrica* de Hobbes, permite prescribir las vías de una construcción de la autoridad secular legítima que asegure el orden político frente a la «multitud inestable y belicosa». La historia *magistra vitae*, maestra de vida que habitaba la concepción cíclica y heroica de la historia clásica antigua y de la escatología medieval deja lugar a lo abierto, contingente y proyectivo hacia el horizonte histórico (Koselleck, 1983: 62).

Hobbes inicia de lleno toda una tradición, que si por una parte muestra la artificialidad de la construcción jurídico estatal, por otra ha sido retratada por autores como Pietro Barcellona (1994) o Mc Pherson (2006) como de individualismo posesivo, fundado en una secuencia mitológica secularizada: estado natural-individualismo-ficción del pacto social-generación del estado. Esta secuencia será la gran narración política moderna que se consolidará definitivamente con el pensamiento ilustrado, como lo explica Juan Ramón Capella: «*El pensamiento ilustrado elaboró un relato acerca del poder político basado no ya en la fe, sino en la razón*» (1999: 106). Este relato político moderno se va perfeccionando en el lapso que transcurre entre la filosofía política hobbesiana y la de Kant, concluyendo en el constitucionalismo que se erigirá como «la escritura moderna del poder».

³ Para una definición del poder pastoral o «pastorado», ver Foucault, 1990, p. 95.

Pero como dijimos, esta trayectoria demasiado evolutiva y lineal del Derecho Político que nos plantea Goyard-Fabre termina en la Constitución y el constitucionalismo. Se hace difícil entender qué pueda ser la especificidad del Derecho Político en relación al Derecho Constitucional. Pareciera que este nace justamente donde aquel se disipa. Por nuestra parte, creemos que es necesaria una visión que parta de las rupturas y discontinuidades en el Derecho Político y de la perseverancia de una relación de tensión entre derecho y poder que va tomando distintas formas históricas hasta nuestra propia contemporaneidad. Para recuperar el Derecho Político de su crisis, es necesario replantearlo como un pensamiento crítico de las exorbitancias mutuas entre el derecho y el poder social absoluto en sus distintas vertientes.

Pensamiento crítico de la exorbitancia mutua entre derecho y poder

Luego, hay que hacerse cargo de la invención (y de las reinventiones...), de los límites y de las condiciones de posibilidad del Derecho Político moderno en distintos contextos históricos, para poder reconstruir su concepto e importancia contemporánea en los estudios jurídicos. En la perspectiva crítica, y en el sentido explicado de la crítica, hay que matizar entonces la relación demasiado lineal que establece Goyard-Fabre en el derecho político moderno: en primer lugar, la relación entre derecho y poder es explicada como si una tendencia a la organización normativa, vía derecho público positivo, fuera consustancial al poder político moderno desde la formación del estado absolutista. Esta opinión debe ser matizada: en realidad el derecho político debe hacerse cargo, en perspectiva histórica, de las tensiones que la relación entre derecho público y poder político experimentó y experimenta de forma permanente. *El Derecho Político es un pensamiento de las exorbitancias mutuas entre poder y derecho*, que solamente son armonizadas en el plano de la teoría política, y que por lo tanto, deben entenderse como narraciones en las cuales esa tensión histórica real aparece opacada o bien negada. Pensar los límites y condiciones de posibilidad del derecho como regulador del poder significa hacerse cargo de esta tensión histórica.

Frente al análisis centrado en la categoría «estado», tomada poco menos que como un universal por la teoría jurídica y política tradicional, Foucault propone un análisis descentrado, histórico y contextual del mismo. Algo así como, «El Estado» solamente pudo afirmarse y sobrevivir en un marco de desarrollo de una racionalidad y unas tecnologías de gobierno, que tuvieron sus notas distintivas en la aparición de la población como objeto de las estrategias de gobierno, sus saberes correspondientes y sus dispositivos de seguridad pertinentes.⁴

Ello es así porque el proceso histórico de surgimiento del Estado hace que este desarrolle su propia razón de gobierno, un conjunto de prácticas y saberes que pretenden ser autointeresados y exorbitantes en relación al derecho y otras esferas sociales. Incluso la tensión se verificará como una tendencia creciente del Estado a utilizar, instrumentalizar el derecho y no a la inversa. Pero como el Estado no es una realidad en sí mismo, sino una relación social, una condensación o coagulación de una relación de fuerzas construida a lo largo de mucho tiempo, por medio de estrategias de poder, conviene explicar el Estado (y la variabilidad de su relación con el derecho) a partir de esas relaciones y estrategias y no al revés.

El Estado surge como producto histórico. Es un «concepto», un «nombre», una «convención» y no una realidad universal, en cuanto tal, es útil para designar esas relaciones sociales complejas que son sus condiciones de posibilidad. El Estado ha pretendido desde el principio crear y aplicar monopólicamente el derecho, utilizar el derecho estatal como regulador interno de sí mismo y de la sociedad, en un

⁴ En su curso de 1978 en el Collège de France, «Seguridad, territorio y población», recientemente publicado, Foucault explica estas nociones. Por gubernamentalidad va a entender: en primer lugar, un conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas que permiten ejercer una forma de poder específica, pero al mismo tiempo compleja, sobre la población cuya forma de saber mayor es la economía política y su instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad. En segundo lugar, la línea de fuerza presente desde hace mucho en Occidente que condujo hacia la preeminencia del gobierno sobre la soberanía y la disciplina, que también indujo la formación de toda una serie de «aparatos» de gobierno y de saberes específicos. Y por último, el proceso por el cual el estado jurídico de la Edad Media, convertido en el estado administrativo de los siglos XVI y XVII, se «gubernamentalizó» poco a poco (2006: 136).

contexto conflictivo y difícil para lograr ese fin. Las tensiones internas se han dado entre el programa normativo del derecho basado en la moral del iusnaturalismo, sea teológico o racionalista y la propia voluntad de autoafirmación y engrandecimiento de los estados, o sea, la Razón de Estado. Donde y cada vez que la supervivencia y engrandecimiento de los estados pasó a ser un fin en sí mismo, el derecho resultó más un instrumento del poder que un regulador del mismo.

La relación de la razón de estado con el derecho es instrumental. Con ella surgen los conceptos, que operan como límite o exorbitancia del derecho público, de «estado de necesidad» y «golpe de estado».

Como explica Foucault (2006) citando el libro clásico de Gabriel Naudé, *Consideraciones acerca de la historia de los golpes de estado*, dicha figura no supone una simple alternancia violenta en el poder que es tomado por un grupo o facción a expensas de otros. Se trata de una cesación y suspensión del derecho del estado, de un exceso en relación al derecho común, *excesus iuris communis*, en nombre de la necesidad, de la salvación y continuidad del estado. De forma tal que, en esas circunstancias el golpe de estado lejos de ser ajeno a la *ratio status* es una afirmación de la misma, en tanto más allá de quién gobierna se afirma la existencia y continuidad del Estado. Eso es así porque, como dice Naudé, la razón de estado obedece a «la justicia artificial, particular, política [...] relacionada con la necesidad del estado» y no a la «justicia natural, universal, noble y filosófica» (2006: 302-304).

Cuando la necesidad lo exige, la razón de estado se convierte en golpe de estado y es violenta, injusta y letal. No hay antinomia entre violencia y razón de estado, hay que distinguir entre la brutalidad que es privada y la violencia que es privilegio estatal. La violencia surge de la obligación de la razón de estado, en caso de necesidad, de engañar, separar, amputar una parte de la sociedad (2006: 310).

Es decir, que a diferencia del derecho natural antiguo y medieval que ubicaba la cuestión de la política y de los hombres en un marco de armonía cósmica, dada por la teología en la que administración terrenal y poder espiritual buscaban la salvación ultraterrena, con el advenimiento de la razón de estado, este se centra en sí mismo y su relación con el derecho pasa a ser inmanente e instrumental, el derecho será usado según los fines y necesidades de la preservación del poder del estado, será un medio de organización modulable y prescindible en caso de necesidad.

Con el surgimiento del iusnaturalismo racional a partir del siglo XVIII, el Derecho Político moderno pasará a ser un principio de limitación de la razón de estado que viene de fuera de la práctica de gobierno. La teoría del contrato o pacto social cumplirá esta función. A partir de entonces, razón de estado y Derecho Político serán mutuamente exorbitantes. Lejos del panorama armónico que nos pinta Goyard-Fabre, si es cierto que el espacio público moderno es consustancial con la formación de la potencia del estado, sin embargo, el sentido y la dirección de ese orden normativo han sido y son objeto de disputa constante.

Ello porque al reconocerse el carácter artificial de la institución del Estado, el humanismo jurídico de un derecho puesto, el fundamento en última instancia igualitario del mismo, la importancia del consentimiento, se abre la puerta a una disputa alrededor de estos principios que marca una contingencia inevitable de las relaciones entre poder y derecho. El Derecho Político, y el derecho público en general, constituirán por lo tanto un derecho de oposición, una razón jurídica que busca limitar, vincular a la razón de estado (Foucault, 2005: 18-19).

De la perspectiva cratoscéntrica a la de la democracia y los derechos humanos: Derechos versus Poderes

Derecho y poder son órdenes de realidad diversas. Aquel tiene que ver con la normatividad, con el *deber ser* jurídico y este con la facticidad social, con la normalidad social, con el *ser*. Estas dos dimensiones son diversas ya que, si despojamos a las relaciones de poder de toda idealidad, queda su dimensión susceptible de ser aprendida por juicios de hecho, su productividad, es decir, su nota distintiva y definitoria que es la de producir estados de cosas, su eficacia para producir realidad. Un poder que no tiene capacidad de producir realidad, no es tal.

Por el contrario, el derecho tiene una pretensión normativa sobre la realidad, pero que parte del deber ser y necesita, para tener eficacia, orientar las conductas. La legalidad del poder consiste en su racionalización por la fuerza normativa del derecho positivo y como muestra Goyard-Fabre, la novedad y especificidad moderna del Derecho Político es su pretensión de vincular, regular y racionalizar el ejer-

cicio del poder político. Es exorbitante respecto a la facticidad del poder social, porque plantea un modelo normativo de funcionamiento de este que no siempre tiene total eficacia, sino más bien, una eficacia parcial. El deber ser del derecho en ese sentido, es también exorbitante desde su grado parcial de eficacia para imponer su fuerza normativa.

Sin embargo, más allá del estructuralismo de Foucault, el motor histórico social que produce esa tendencia del derecho a normar el poder debe ser aclarada en términos históricos y políticos: se trata de fuerzas sociales que buscan asegurar sus necesidades, aspiraciones e intereses valorados por medio de su juridificación y así tensionan la forma instituida y legitimada de relación entre derecho y poder, abren su campo de tensión, hacen explícita su mutua exorbitancia.

De hecho, en el origen de ramas enteras del derecho público moderno como el derecho constitucional, penal y posteriormente el derecho social, encontramos corrientes de opinión y movimientos políticos e intelectuales que tienen un fundamento crítico: la ilustración para los dos primeros y el socialismo para el tercero. Las llamadas generaciones de derechos son en realidad generaciones de necesidades y problemas que abrieron la tensión entre derecho y poder y modificaron los paradigmas jurídicos operantes con sus correspondientes reglas de juicio.

De modo que la indagación crítica del Derecho Político debe partir de estas tensiones y de las rupturas históricas de la relación entre derecho y poder. Entonces, es posible reconstruir históricamente una línea de pensamiento crítico inherente al Derecho Político, no exenta de ambigüedades, discontinuidades, etcétera, pero que nos sirven como fundamento de la recuperación que queremos hacer del sentido de la asignatura en la educación jurídica. Se trata de una relectura de la vía de exorbitancia del derecho con respecto al poder que Foucault denominó como «externa» o del «Derecho-voluntad».

Nos referimos al sentido crítico que marca las características del Derecho Político en la obra de pensadores como Spinoza, Rousseau, Montesquieu, el pensamiento jurídico político de la ilustración y el constitucionalismo en general, que en los inicios de la modernidad postularon respectivamente una articulación diferente entre política (léase poder estatal) y derecho. Estas nuevas formas de articulación entre derecho y poder socavaron las bases del estado absolutista y prepararon el advenimiento de un ciclo de transformaciones sociales,

al cabo del cual estado y derecho no pueden legitimarse más que a través de la invocación de la democracia y de los derechos humanos como fundamentos de esta pretensión. Fueron marca de nacimiento del Derecho Político moderno: el derecho como vínculo, límite, regulación y sujeción del poder social absolutista o salvaje y el derecho como producto democrático de la soberanía popular; y han puesto el marco para que la ciudadanía y los derechos tengan una enunciación expansiva y representativa de nuevas necesidades sociales y de nuevos sujetos políticos en la historia moderna: las mujeres, los trabajadores, los pueblos que se liberan del colonialismo. Esa fuerza expansiva funda la igualdad moderna como igualdad en derechos que superan las discriminaciones en función de la condición económica y social, la etnia, el color de la piel, el sexo, la cultura, las creencias religiosas o ideologías políticas.

El Derecho Político moderno surge en sociedades menos complejas que las actuales, que iniciaban su tránsito o hacía poco tiempo que habían ingresado a la modernidad. En ellas se verificaba un doble proceso: el de concentración de los medios de administración que se expresaba en la formación del estado protonacional soberano absolutista, y el paralelo proceso de acumulación originaria de capital se manifestaba a través de mercados nacionales, favorecidos por el mercantilismo, aunque por supuesto, su contexto mayor era la emergencia y expansión de la economía-mundo capitalista y el inicio de las prácticas políticas colonialistas, que, buscando la construcción imperial, contribuían inconscientemente a su desarrollo. De esta forma, resultaba relativamente fácil para el grupo social ascendente: la burguesía, que expresaba entonces su conciencia inicial en forma de pretensiones universalistas, identificar el núcleo político y social del poder absolutista, en tanto que poder opresivo.

De ahí que el Derecho Político apareciera vinculado a una nueva concepción de la relación entre el poder y el derecho, a través de dos operaciones que mencionáramos y que tienen un carácter estratégico fundamental: la democratización de la fuente del poder y el derecho, y a partir de allí, la construcción de un poder delimitado, acotado en sus competencias, no concentrado, a través de este entonces novedoso Derecho Político, estatuto jurídico del poder de fuente democrática.

En nuestra perspectiva, el Derecho Político es inescindible de la democracia, los derechos, la ciudadanía y el constitucionalismo, como

grandes movimientos de crítica y sujeción moderna de los poderes sociales absolutistas. El marco puesto por el Derecho Político, que no es otro que el del estado de derecho y el constitucionalismo modernos, hizo que a partir de entonces todo estado que pretendiera ser estado de derecho en un sentido no meramente formal, fundara su pretensión de legitimidad en la soberanía popular y los derechos humanos. De ahí que las distintas calificaciones que fuera tomando el estado de derecho: democrático, social, en realidad deberían leerse desde la aparición de nuevas subjetividades aspirantes a la conquista de los derechos y la ciudadanía, frente a las formas de poderes sociales salvajes y neoabsolutistas remanentes en el estado capitalista patriarcal moderno.

Por ende, recuperar el sentido crítico del Derecho Político, requiere un cambio en la perspectiva, en vez de ver la política y el derecho desde el poder, hay que verlas desde las subjetividades que luchan por su peculiar forma de entender la dignidad humana. Desde que en los inicios de la modernidad, los pensadores que expresaban las mejores pretensiones del universalismo de la burguesía, delimitaran el mito o la metáfora del pacto o contrato social, se ha producido una constante dialéctica entre el imaginario simétrico y horizontal del pacto y las reivindicaciones de derechos de los subjetividades sociales excluidas (los trabajadores, las mujeres, los pueblos colonizados, las etnias y culturas consideradas inferiores...). Para decirlo con las palabras de Silvio Frondizi,

El capitalismo [...] destruye, para poder mantener su privilegio económico, todos los valores políticos y espirituales que había coadyuvado a desarrollar en la etapa en que dichos valores no constituían un obstáculo a su acción. (1960: 212-213)

Los elementos del relato político moderno: individuo, estado de naturaleza, pueblo, pacto, soberanía, etcétera, sirvieron tanto para legitimar los órdenes políticos como para mostrar su insuficiencia, precariedad y contenido ideológico. El individualismo inaugurado por Hobbes y heredado por buena parte de la tradición jurídico política moderna, define al sujeto al margen de la sociabilidad. Lo mismo sucede con el concepto del estado de naturaleza, construido al margen de toda historia concreta. En realidad, con dicha idea de estado

de naturaleza se describen aquellas instituciones consideradas deseables, naturales y no políticas, que deberán protegerse por medio de la creación de una rígida separación entre lo privado y lo público: así en el estado de naturaleza de Locke y Kant aparecen la propiedad privada, el trabajo asalariado (fruto de un libre acuerdo entre individuos), por consiguiente la acumulación de propiedades, y también los contratos desiguales, esto es, la validez de las obligaciones derivadas de los contratos, pese a la desigualdad de las partes (Capella, 1999: 108-109).

Esta naturalización, permitió definir ciertos derechos como «naturales», con el siguiente efecto ambiguo: por una parte permitió criticar la pretensión absolutista de disponer de la vida de los súbditos (el poder soberano como derecho de vida y muerte). Pero al mismo tiempo legitimó como naturales los derechos inherentes a la acumulación capitalista en el mercado. El simbolismo de la igualdad y la simetría expresado en el pacto sólo alcanzaba a los varones europeos, blancos, propietarios. De ahí que dicho pacto social, leído desde las subjetividades sociales excluidas y por lo tanto, antagónicas, resultó ser un contrato sexual entre los varones, como sostuvo implícitamente toda la tradición feminista de lucha por los derechos de la mujer y explícitamente Carole Pateman (1992); un pacto clasista entre burgueses propietarios de los medios de producción, impuesto a través del proceso violento de la acumulación originaria de capital, como sostuvieron Carlos Marx y las diversas tradiciones socialistas; y un pacto colonialista y teñido de racismo, como denunciaran los movimientos de liberación nacional desde el siglo XIX, y con especial fuerza en el siglo XX.

En suma, un pacto que para mantenerse debía recurrir, aún bajo el imperio de la igualdad formal ante la ley y de la sociedad capitalista de mercado, a diversas formas de violencia, opresión y neoabsolutismo: el confinamiento de las mujeres al ámbito doméstico y su exclusión de la ciudadanía política, el recorte de los derechos de ciudadanía reservados exclusivamente a los propietarios, la explotación de la clase trabajadora y el mantenimiento de una infraclase de excluidos como ejército industrial de reserva, el colonialismo imperialista contra los pueblos de la periferia del sistema capitalista y hasta bien avanzados los siglos XIX y XX, diversas formas de esclavismo, xenofobia y *apartheid*.

Sin embargo, ese imaginario fundante de la igualdad, de un derecho reapropiado socialmente al tener su fuente en la soberanía popular y que por lo tanto constituye un conjunto de límites y vínculos a los poderes sociales neoabsolutistas, constituyó un nuevo marco cultural expansivo para la enunciación de derechos y ciudadanía de las subjetividades excluidas. Trabajadores, mujeres, pueblos colonizados, etnias y culturas discriminadas, encontraron en el discurso de la democracia y los derechos un «lugar común», *topoi koinoi*, desde donde enunciar sus luchas por la dignidad y por las necesidades que los poderes sociales neoabsolutistas les negaban.

Desde la perspectiva de las subjetividades concretas y sus derechos como seres humanos y como ciudadanía, la historia del Derecho Político no puede ser más que la de las luchas sociales por remover los obstáculos de hecho económicos, sociales y culturales (que llamamos en este texto más explícitamente poderes sociales salvajes, neoabsolutistas portadores de violencia social), para concretar las libertades e igualdades proclamadas desde los orígenes de los procesos modernos de democratización.

El desarrollo del Derecho Político aparece vinculado no solamente a las necesidades de organización normativa del espacio público, sino también a las necesidades radicales⁵ de las personas y de sus agrupaciones sociales, aquellas que no pueden satisfacerse en contextos de opresión y violencia social y que se enuncian de forma expansiva en el lenguaje de los derechos, la ciudadanía y la democracia.

De ahí que, una mayor atención desde el Derecho Político al desarrollo de las tendencias comprensivas de las plurales subjetividades políticas que re-enuncian los derechos, la ciudadanía y la dignidad, pasa también por su historización y contextualización. Ellos antes que un conjunto de fijaciones institucionales o normativas que ya están dadas, sea en el derecho natural o en el derecho positivo, son, como vimos, el producto del conjunto de procesos (normativos,

⁵ El concepto de necesidades radicales ha sido desarrollado por la filósofa húngara Agnes Heller, discípula de Gyorgy Lukács, en sus obras *Teoría de las necesidades en Marx*, y *Una revisión de la teoría de las necesidades*, y aplicadas a los derechos humanos por Joaquín Herrera Flores, 1989.

institucionales y sociales) que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana.

Entender la ciudadanía y los derechos como algo previo a la acción social y política, supone partir de una posición con consecuencias conservadoras: se disocian la ciudadanía y los derechos de los procesos históricos que los generan, recluyéndolos en una esfera abstracta y formal. Su declaración jurídica sin la correspondiente garantía de su eficacia, resulta en un simbolismo legitimador del poder. Los procesos de lucha que impusieron su reconocimiento institucional fueron rápidamente olvidados (Herrera Flores, 1989: 28-29).

Para volver a construir el sentido crítico del Derecho Político, necesitamos, por el contrario, una *visión histórica y procesal* de la acción política ciudadana que abre y consolida espacios de dignidad humana, siempre en tensión con las tendencias que petrifican las relaciones sociales. Que permita comprender y practicar lo político estratégico de un modo compatible con una política democrática de textura abierta, donde ciudadanía y derechos son activados desde múltiples subjetividades y reenunciaciones.

Un derecho de fuente democrática y que vincula y sujeta a los poderes sociales es un derecho que surge de la política como actividad común y digna: creadora de mundanidad y de mundos. Un verdadero Derecho Político.

Reconstruir este sentido crítico resulta una tarea urgente, ya que con la crisis de los modelos estatales de compromiso social, es decir, el estado de bienestar en el centro del sistema mundial, o las diversas variantes de estados desarrollistas en la periferia de dicho sistema, y el paralelo proceso de globalización socioeconómica, los procesos de democratización de las fuentes del derecho y la vinculación jurídica de los poderes sociales, han entrado en una profunda crisis que amenaza con revertir muchos de los avances logrados en el último siglo.

Más aún en el panorama latinoamericano, toda vez que la ampliación de las desigualdades y fragmentaciones sociales favorece la reproducción de las distintas formas de la violencia social y de los poderes públicos y privados jurídicamente no vinculados.

De ahí la capital importancia de enseñar el Derecho Político de forma tal que sea una introducción a todas las ramas y asignaturas jurídicas que suponen la tendencia a la regulación social de aquellos poderes sociales salvajes, con un sentido garantista de los derechos y

de la ciudadanía: el derecho constitucional, penal, de los derechos humanos, internacional, administrativo, laboral, de los consumidores y usuarios de servicios públicos, ambiental.⁶

Al decir de Luigi Ferrajoli, la función garantista del derecho en general consiste en la minimización del poder, que de otro modo deviene absoluto; de los poderes privados, tal y como se manifiestan en distintas formas de violencia social: el uso de la fuerza física, en la explotación socioeconómica, y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal; de los poderes públicos, tal y como se expresan en las arbitrariedades políticas y en los abusos de poder policiales y administrativos (1997: 931).

Los poderes no vinculados por el derecho son tendencialmente absolutos. El grado de absolutismo que permanece en un sistema político, aún cuando esté organizado en las formas del estado de derecho, está constituido precisamente por los diversos espacios de poder extra-jurídico que se crean en la sociedad civil fuera del derecho o incluso dentro de las instituciones jurídicas, conforme a normas de mera legalidad formal que confieren poderes en blanco, simplemente designando roles: de padre, de patrón, empresario, dirigente y otros (1997: 934).

Existe, en efecto, una «variada fenomenología» de poderes salvajes. En este sentido, Ferrajoli distingue cuatro tipos de poderes salvajes, basándose en la intersección de dos criterios clasificatorios: el primero entre poderes salvajes ilegales y poderes salvajes extralegales,

⁶ Cuando hablamos de regulación social, lo hacemos, cabe consignar, en el sentido explicado por Boaventura de Souza Santos, es decir, en primer lugar no se trata de contraponer, como hace el discurso neoliberal, la regulación estatista a la desregulación mercantil. Resulta claro luego de la experiencia de los años noventa que donde hay un vacío de regulación pública democrática, proliferan la concentración de poderes no vinculados (salvo a la acumulación de más poder y/o más ganancia). La disyuntiva real se da entonces entre regulación pública o regulación por poderes privados no democráticos. En segundo lugar, se trata de entender que no toda forma de regulación pública se hace con sentido emancipatorio, sino que existe también una tensión entre regulación y emancipación, que sólo el relanzamiento de la imaginación en los procesos de participación y democracia puede resolver con sentido emancipatorio. De lo contrario nos resignaríamos a que el actual estancamiento de los procesos de democratización y crisis de la democracia representativa resulten, en la forma de las actuales instituciones, una barrera última e insuperable. Ver De Souza Santos, 2003.

entre poderes antijurídicos por violación del derecho y poderes extrajurídicos por ausencia del derecho (2000: 126).

El segundo criterio tiene que ver con la distinción entre los poderes salvajes privados y los poderes salvajes públicos, es decir, entre poderes ilegales o extralegales en los que la calificación de «salvajes» se aplican, respectivamente, a la sociedad y al estado. Entrecruzando los criterios surgen cuatro tipos de poderes salvajes: el primero es el de los poderes privados ilegales, tales como las redes de organizaciones criminales que se desarrollan tanto en el plano nacional como internacional: el terrorismo, las mafias, el tráfico de drogas o de personas en situación vulnerable para someterlos a formas de trabajo servil o esclavo contrarias a la dignidad humana.

El segundo es el de los poderes públicos ilegales o criminales que se desarrollan dentro de las instituciones, y que revisten las formas más variadas: tanto las que proliferan en las zonas opacas del estado, justificadas a veces a través de la razón y del secreto de estado, las actividades ilegales de los servicios secretos, la utilización ilegal de los fondos públicos para fines políticos, la corrupción. Estos poderes forman un verdadero estado paralelo que se muestra a través de la fachada de la legalidad y el estado de derecho. Son refractarios a los principios republicanos de publicidad y control parlamentario, judicial y popular sobre el ejercicio de los poderes públicos.

El tercero es el de los poderes privados de tipo extralegal, como los micropoderes incontrolados que encuentran su espacio entre los muros domésticos en la forma de la violencia familiar tanto física como psíquica y sobre todo, los macropoderes económicos que, en ausencia de límites y controles legales, tienden a desarrollarse con su propia dinámica, buscando eliminar todos los obstáculos a la acumulación de riqueza, en contra de los derechos sociales, ambientales y demás derechos e intereses públicos de incidencia colectiva. Estos poderes, en la actual fase de acumulación mundial de capital financiero, condicionan fuertemente a los gobiernos, oponiendo a la legitimación democrática una legitimación basada en el mercado «autorregulado» y salvaje, el que es «asumido por la actual ideología liberista, como la nueva *grundnorm* de los sistemas políticos» (2000: 129). Planteando en todas partes una re-regulación en términos privatistas y autoritarios de la economía, que es ideológicamente justificada por medio de la naturalización del libre mercado.

Por supuesto que estos diversos poderes sociales se solapan y aparecen entretejidos y confundidos, reforzándose mutuamente en su lógica neoabsolutista y en su común intolerancia, frente a su vinculación con el derecho de fuente democrática en tanto que sistema de límites, vínculos y garantías.

El proceso de democratización de las fuentes del derecho y de la vinculación de los poderes sociales, que está en el origen del Derecho Político, no puede ni debe estancarse o retroceder, de lo contrario, se generalizan formas diversas de violencia social. De ahí la urgencia de recuperar su importancia y sentido crítico en la formación de los operadores sociojurídicos. Es una tarea que requiere una visión compleja, impura y relacional del derecho y sus diversos contextos sociopolíticos. Pero sobre todo requiere el relanzamiento de la imaginación democrática que debe acompañar a los procesos de lucha por la apertura de espacios de dignidad humana.

De lo contrario, ciudadanía e instituciones del estado de derecho se cristalizan en formas que ya no dan respuestas frente a los nuevos desafíos que los poderes salvajes micro y macrosociales, públicos y privados, ilegales y extralegales, plantean a la regulación jurídica de fuente democrática.

Ensayo de recuperación y definición del concepto de Derecho Político

De todo lo dicho, creemos que surge también la necesidad de recuperar el sentido del Derecho Político en tanto que materia integrante de los planes de estudio de Derecho. Si bien ella se nutre de disciplinas afines como la Filosofía Política y Jurídica, la Ciencia Política, la Teoría del Estado y la Sociología Política, está —o debería estar— cualificada por su función de ser una introducción a la teoría de la regulación de los poderes sociales, desde la perspectiva de la ciudadanía y de los derechos, es decir, con sentido emancipatorio. En esta reconstrucción del Derecho Político desde su potencialidad crítica y su especificidad moderna, es necesario adoptar la perspectiva de la ciudadanía y de las subjetividades de derechos entendidas como el conjunto de procesos (normativos,

institucionales y sociales), que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana.⁷

En el mundo que habitamos, profundamente desigual, la función crítica del Derecho Político y los interrogantes que le dieron origen, que podríamos reconstruir o reformular así ¿cómo se puede sujetar y regular jurídicamente a la violencia social y a los poderes sociales salvajes?, ¿cómo se puede democratizar la creación del derecho?, ¿qué formas de política son coherentes con esos fines? siguen siendo pertinentes y urgentes e importantísimos para la formación de los futuros operadores jurídicos y sociales.

Las fuentes del Derecho Político fueron los males de su tiempo: el absolutismo del poder, la desigualdad y las distintas formas relacionadas del privilegio y la servidumbre. Hoy es necesario, volver a plantearnos las viejas preguntas para mantener viva la carga crítica del Derecho Político. Para ello nuestra materia debería plantearse los siguientes desafíos: a. Identificar las formas contemporáneas de opresión, violencia social y los poderes sociales salvajes, que bien podemos llamar, con Luigi Ferrajoli, «neoabsolutistas». b. Retomar la imaginación instituyente para relanzar nuevas formas de democratización de las fuentes del derecho, esto es, de apropiación social de la función normativa y de vinculación de esos poderes sociales públicos y privados salvajes. c. Beber de nuevas fuentes y saberes teóricos y prácticos que den contenido a nuevas formas de articulación del derecho, la política y el poder con sentido emancipatorio.

En síntesis, el Derecho Político es más que la relación de gobernantes y gobernados juridificada, excede la mera suma de los términos Derecho y Política. Lo relacional supone un sentido que se comprende a partir de una tensión. El carácter crítico del Derecho Político, la crisis que devela es aquella de la tensión contemporánea entre derecho y poderes sociales. *El Derecho Político es una indagación normativa desde la perspectiva de la democracia y de los derechos humanos, es decir, ex parte populi, sobre las condiciones de posibilidad, los alcances y los límites del derecho para vincular, limitar, sujetar los poderes sociales públicos y privados salvajes o neoabsolutistas.*

⁷ Tal el concepto de Derechos Humanos, que hacemos extensible a la idea de Ciudadanía, presentado por Joaquín Herrera Flores, 2000, p. 4.

CAPÍTULO II

Políticas de la vida. Biopolítica y teoría crítica de los derechos humanos

Biopolítica y gubernamentalidad en el último Foucault

El trabajo último de Michel Foucault, que queda trunco con el prematuro fallecimiento del filósofo galo, marca un camino sumamente importante y sugerente para la construcción de una teoría crítica. En las lecciones que dicta en el *Collège de France* a partir de 1977/1978, Foucault añade, a todo el trabajo sobre la arqueología de los regímenes de verdad, y la genealogía de los dispositivos de poder, dos nociones claves: las de la gubernamentalidad y tecnologías del yo. Ambas entrelazadas por la categoría de biopolítica.⁸

⁸ Usualmente se suele periodizar la obra de Foucault en tres etapas: en la primera, la arqueología traza una historia descriptiva de los saberes y los regímenes de verdad que nos construyen como objetos de conocimiento, en la segunda, la genealogía, se trata de identificar los dispositivos y los discursos que producen efectos de poder y que nos producen o sujetan en esas tramas de relaciones, en la tercera y última etapa, el énfasis se desplaza hacia la biopolítica, la gubernamentalidad y las tecnologías del yo, en tanto

Empecemos por esta última, la biopolítica es un conjunto de tecnologías de poder que busca fundamentalmente controlar, regular la vida de las poblaciones, la natalidad, mortalidad, salud, migración, etcétera. De esta forma, al asegurar la reproducción vital de las poblaciones, el poder se asegura su productividad, su propia salud y expansión.

Hay que recordar que los economistas políticos clásicos en el siglo XVIII, Adam Smith, David Ricardo y en su estela, pero de forma crítica, Carlos Marx, habían concluido en la simple verdad de que la riqueza de las naciones está dada por el trabajo, por la actividad de sus poblaciones, por lo tanto, la reproducción vital, la regulación de sus ciclos vitales, y el aseguramiento de su salud y educación eran estratégicas para el fortalecimiento del poder mismo.

No es casualidad que la población se hace ostensiblemente objeto de la gestión política en tanto que vida biológica a partir de esta época. El cuerpo es portador de la potencia de trabajo en la producción, mientras que dicha fuerza de trabajo se transforma en una mercancía intercambiable por otras en la esfera de la circulación. Esto trae aparejados una serie de cambios: en la esfera de la reproducción y en la necesidad de promoción del crecimiento y de la salud de la población, en los comportamientos que se consideran funcionales y disfuncionales a esos objetivos. En síntesis, una nueva forma histórica de politizar la vida biológica, en la que se enlazan el capitalismo como modo de producción y reproducción, la biopolítica y las disciplinas.

A partir de entonces, y a diferencia de lo que Foucault llama el paradigma del poder soberano, la población pasa a ser cualitativamente importante para el vigor y mantenimiento del poder.

que red conceptual que da cuenta de la tensión entre poder y libertad. Especialmente a las técnicas que producen la subjetividad. Deleuze sintetizó cada una de estas etapas a través de preguntas mayores, de resonancia kantiana: ¿qué puedo saber?, ¿qué puedo hacer?, ¿quién soy yo? Sin embargo, esta distinción no debe tener más importancia que un recurso comprensivo de los ejes de atención que ocupan a Foucault. De hecho, su obra fue agregativa, la genealogía integra los supuestos de la arqueología y la última etapa integra a las anteriores, densificando la red de instrumentos y enriqueciendo la «caja de herramientas» de Foucault. Y existen además, constantes que permiten articular toda su obra. Los recursos metodológicos se integran en círculos cada vez más amplios. Ver Foucault, 1990, pp. 12-13 y Deleuze, 1987.

En el poder soberano lo que importaba era el engrandecimiento del estado cuantitativamente: territorio, recursos naturales, metales preciosos, cantidad de habitantes. Ahora se trata de la productividad de la vida de la población, el recurso estratégico principal que el poder (biopoder) debe cuidar, promover, manipular y cultivar.

Para Foucault, se produce la novedad de la emergencia de la tecnología biopolítica del poder a partir del siglo XVII/XVIII. Con lo cual, la distinción griega que se hace célebre a través de *La Política* de Aristóteles, entre *bios* (la vida de la polis, cualificada políticamente, del *zoon politikon*, como búsqueda del buen vivir), y la *zoé* la mera vida natural que es común al hombre y a otros animales, deja de tener sentido: *bios* y *zoé* se entremezclan en la medida en que esta última es crecientemente objeto de políticas de administración de la vida.⁹

La gubernamentalidad¹⁰, a diferencia del poder soberano de carácter disciplinario que «hacía morir y dejaba vivir», teniendo en el ritual de exhibición sacrificial de la muerte infligida como castigo, el espectáculo por el que se afirmaba su soberanía, deja paso a la «biopolítica» en el que el principio se invierte: ahora el poder «hace vivir y deja morir».

Esto no significa que la disciplina desaparezca, pero se hace más sutil a través de una serie de técnicas disciplinarias destinadas a construir los cuerpos dóciles que el poder necesita: la prisión, la escuela, el hospicio, el servicio militar obligatorio, etcétera, técnicas que Foucault llamará «anatomopolítica».

Sin embargo, y pese a esto, es necesario destacar que la gubernamentalidad liberal se ejercerá no directamente por el estado soberano, sino a través de dispositivos de poder que influirán indirectamente en las conductas de la población.

⁹ Ver Foucault, 1988, p. 173 y Agamben, 1998, pp. 9-10.

¹⁰ En la traducción de la conferencia de Foucault «Tecnologías del yo», dictada en la Universidad de Toronto en 1982 (*Howison Lectures, Technologies of the self*), en el libro del mismo nombre ya citado, se utiliza el término «gubernabilidad», mientras que con posterioridad y para distinguir este concepto foucaultiano se impuso en las traducciones y análisis posteriores la utilización del término gubernamentalidad, para distinguirlo de los términos similares utilizados en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. En la mencionada conferencia, Foucault definió de la siguiente forma: «Este contacto entre las tecnologías de dominación de los demás y las referidas a uno mismo es lo que llamo gubernabilidad». (Foucault, 1990: 49)

Dispositivos de poder: una retícula de saberes, poderes, disciplinas, normas morales y jurídicas, reglas, trozos y retazos de discursos de distintos géneros, articulados de forma estratégica y flexible para responder a la necesidad de producir efectos de poder.

Podríamos definir entonces la gubernamentalidad liberal como la conducción de las conductas de formas indirectas, de modo tal que la acción directa del estado se reduce a un mínimo indispensable y se invisibiliza lo máximo que sea posible.

La ambigüedad del sujeto moderno

Por lo tanto, aparece junto a la idea del poder, la idea de la libertad. La noción liberal de autonomía de los sujetos, que está dada en su nacimiento. La noción del discurso iusnaturalista de que la *zoé* ya siempre implica la libertad e igualdad, los derechos innatos de las personas que deben ser asegurados por la *bios*, la vida políticamente calificada.

Surge entonces para Foucault la ambivalencia de la subjetividad moderna, por una parte, la misma significa sujetamiento a dispositivos de poder, por otra parte, procesos de construcción de subjetividad, de subjetivación. Para Foucault, estos últimos son el ámbito de las llamadas «tecnologías del yo», del «cuidado de sí mismo», que eran agónicas con respecto a la gubernamentalidad y sus dispositivos, y que eventualmente podrían ser (bajo circunstancias no dadas a priori ni por leyes históricas), antagónicas y de resistencia a la misma.

Las tecnologías del yo oscilan entonces, según los casos, entre un déficit de subjetivación y un exceso de sujeción a los dispositivos de poder, de un lado, y un exceso de subjetivación y por lo tanto, la resistencia a la sujeción de los dispositivos de poder, del otro.

De esta forma, el último Foucault comienza a construir los caminos que le iban a permitir escapar del círculo vicioso que le achacaban sus críticos: o bien la omnipresencia asfixiante de las relaciones de poder en todos los intersticios y superficies de lo social, o bien, la crítica desde una radical exterioridad.

La idea de que existe una gubernamentalidad, en una relación agónica con las tecnologías del yo, abre el juego para una tensión no resuelta «a priori» entre poder y libertad. Al mismo tiempo, en sus diferentes formas de articulación con la gubernamentalidad, las tec-

nologías del yo aparecen en unos regímenes que por una parte producen un efecto de totalización y sujeción, pero que al mismo tiempo individualizan y subjetivizan.

En realidad, la subjetividad podría ser la clave de continuidad y de lectura retrospectiva que articula toda la obra de Foucault. La historia de los diferentes «modos de subjetivación» de los seres humanos en la cultura occidental. Se trata entonces, sobre todo, de un trabajo ontológico. De una ontología histórica del presente, que podría ordenarse en tres ejes principales: a. ontología histórica de nosotros mismos en relación a los regímenes de verdad que nos constituyen en objetos de conocimiento. b. Ontología histórica de nosotros mismos en las relaciones de poder que nos constituyen como sujetos actuando sobre los demás. c. Ontología histórica de nosotros mismos en la relación ética por medio de la cual nos constituimos como sujetos de acción moral (Morey, 1990: 25). Siendo esta última ontología, la que propiamente comienza a desarrollarse, de forma inacabada por el fallecimiento de Foucault, y donde aparece el problema de la gubernamentalidad y las tecnologías del yo, de la tensión entre poder y libertad y de la ambigüedad de la subjetividad, a través de la Historia de la Sexualidad.

Arqueología de las formas biopolíticas

A continuación, intentaremos trazar las formas en que aparece la cuestión de la tensión entre *zoé* y *bios* en los análisis de Foucault. Para realizar esta tarea debemos hacer al lector las siguientes advertencias, si no queremos adulterar o esquematizar demasiado la complejidad de su pensamiento al respecto: en primer lugar, aparecen aquí tres juegos de poder: a. el poder soberano-jurídico que Foucault identifica con los juegos de poder a nivel estatal descritos por la teoría política y jurídica tradicional. A este nivel Foucault lo transita muy escasamente en sus trabajos y generalmente como recurso aclaratorio de sus contrastes con las otras lógicas y juegos de poder que le interesan.

b. El nivel biopolítico, que es el que nos interesa centralmente, porque marca la posibilidad de una arqueología de las formas que adopta históricamente la relación de inclusión entre *zoé* y *bios*. Sin

embargo, dada la metodología relacional de Foucault, la biopolítica aparece siempre en una red conceptual que al mismo tiempo la articula y la diferencia del poder soberano-jurídico, y del tercer juego de poder, que es el de la disciplinas individualizantes o «anatomopolítica».

c. Anatomopolítica, el conjunto de tecnologías de poder que se ejercen de forma individualizada para ordenar y visualizar los cuerpos, construyendo su utilidad y docilidad.

En segundo lugar, el orden en que se explican no obedece a ninguna progresión histórica que Foucault haya desarrollado en alguna de sus obras. La historia de las articulaciones, disyunciones, tensiones y afinidades electivas entre las tecnologías del poder que analiza, no responden a nada parecido a una ley del desarrollo histórico. Por el contrario, son más bien discontinuas, aleatorias y analizadas siempre *ex post*. De hecho si analizamos el propio concepto de dispositivo de poder tal cual lo definimos más arriba, vemos que los saberes, reglas, tecnologías, retazos de géneros discursivos tienen historias, tiempos y trayectorias distintas que se articulan estratégicamente en un momento para producir efectos de poder, de forma casi aleatoria, a la manera del *clinamen* de Demócrito y Epicuro. A lo más se puede decir que esta articulación que forma el dispositivo, responde a una «afinidad electiva» orientada estratégicamente a producir realidad, que hace a la dimensión productiva del poder.

Por lo tanto, la ordenación cronológica presentada es un simple recurso pedagógico que no debe ser tomado más que como eso, sin pensar en ninguna evolución histórica o progreso del poder en la historia. Hay discontinuidad en la invención de técnicas de poder, saltos, umbrales y no linealidad. Los discursos y conceptos que sirven de marco a estos juegos de poder, son nómades. Se exportan, cambian de sentido, reaparecen o se pierden.

En tercer y último lugar, la obra de Foucault queda trunca, y el análisis de la gubernamentalidad liberal, social y neoliberal es principalmente desarrollado por autores que utilizan sus categorías integrados en una red de investigadores de habla inglesa: *history of the present research work*, cuyos principales exponentes son Nikolas Rose (1999) y Mitchell Dean (1999), y cuyas investigaciones son presentadas en el ámbito de habla hispana por Francisco Vázquez García (Ugarte Pérez, 2005: 73 y ss). En adelante, seguiremos fundamentalmente sus huellas en este tema.

Hechas estas salvedades, un intento de trazar una arqueología de las formas históricas de biopolítica podría pasar por las siguientes:

Poder pastoral

En el poder pastoral, Foucault sigue las pistas de la primer forma de poder individualizante en Occidente, como una tendencia que contrasta con el pensamiento político usual que busca los orígenes del agregado político superior: la polis, el estado. Entonces, como un «antecedente», una «traza» de biopolítica en tanto que politización del viviente. A diferencia del pensamiento político griego, que trata de la *bios*, de la comunidad política, el pensamiento pastoral de lo político, que pasa de la religión hebrea al cristianismo, introduce por primera vez la promoción de la *zoé*, y el dispositivo a un tiempo totalizador e individualizador.

Foucault explica que su intención es referirse a

el desarrollo de técnicas de poder orientadas hacia los individuos y destinadas a dirigirlos de manera continua y permanente. Si el estado es la forma política de un poder centralizado y centralizador, podríamos denominar al poder individualizador poder pastoral. (1993: 268)

La metáfora pastoral aparece en los egipcios, referida al Faraón, en los babilonios, y especialmente en los hebreos. Reunir el rebaño, cuidar de él, conducirlo a una buena tierra son las tareas que se esperan del pastor. Con ello la vigilia y la simultánea preocupación por el conjunto como por cada una de las ovejas. A los cuidados del pastor cada una de las ovejas debe obedecer incondicionalmente, como relación de dependencia individual y completa. La muerte o pérdida del pastor supone el extravío del rebaño. La metáfora del Dios-pastor y el pueblo-rebaño, va a pasar del pueblo hebreo al cristianismo.

Existen aquí una serie de contrastes con el pensamiento político griego, éste se basa en la ciudad amurallada y su ley. Mientras que la polis tiene una territorialidad determinada y una constitución política instituida, el pueblo-rebaño es conducido a la tierra y no necesita una constitución política, ya que es directamente guiado por el Dios-pastor y/o el Rey-pastor.

La obediencia de los ciudadanos griegos es condicionada: se obedece a la ley o a la voluntad de la polis, o se acata la voluntad de alguien (médico, orador o pedagogo) que persuade racionalmente. Finalmente, el buen legislador o político como Solón o Pericles, por ejemplo, deja tras de sí una ciudad fortalecida por leyes que tienen vigencia más allá de su muerte.

Como sostiene Platón en *El Político*, ser un hombre político no quería decir alimentar, cuidar y criar a su prole, «el real arte de gobernar consistía en reunir a los vivos en una comunidad basada en la concordia y en la amistad». La tarea política no consiste en cuidar la vida de un grupo de individuos, sino que consiste en formar y asegurar la unión de la ciudad. En cambio, «el problema pastoral concierne a la vida de los individuos» (1993: 279).

Con el advenimiento del cristianismo el poder pastoral se recorta con perfiles aún más nítidos, basándose en los escritos de Crisóstomo, Cipriano, Ambrosio, Jerónimo, Casiano o Benito, Foucault perfila las siguientes características: en el cristianismo, el pastor se responsabiliza por el destino del rebaño en su totalidad, y por el destino de cada oveja en particular, y de todas sus acciones, del bien o del mal que estas son capaces de hacer. El cristianismo concibe entre cada oveja y su pastor, un intercambio y una circulación completa de pecados y méritos (1993: 280).

El vínculo con el pastor es un lazo de sumisión individual e incondicional. La obediencia es una virtud y un estado permanente de *subditi*. A este estado se le llamaba *apatheia* en el cristianismo griego, que nos libera de la carga del *pathos*, es decir, la voluntad ejercida por uno y sobre uno mismo.

El conocimiento del pastor cristiano individualiza y al hacerlo, «construye» a cada una de las ovejas: el pastor debe conocer las necesidades materiales y satisfacerlas, debe conocer sus acciones y sus pecados. Por último, debe conocer el estado de su alma, su progresión o alejamiento de la santidad. Para eso el cristianismo se apropia de los instrumentos del mundo griego, el examen y la dirección de conciencia, alterándolos profundamente al mismo tiempo. Ser guiado a través de la dirección de conciencia no es una decisión u opción, sino un estado permanente, y en cuanto al examen de conciencia su objetivo no es trazar un balance, sino permitir que la misma se abriese enteramente al pastor. Se articula por primera vez en Occidente «un

vínculo entre la obediencia total, el conocimiento de sí mismo y la confesión que se hace a otro».

Finalmente, todas estas técnicas del examen, la confesión, la dirección de conciencia y la obediencia conducen, según Foucault a que los individuos contribuyan a su «mortificación» en este mundo. «La mortificación no es la muerte [...] sino que es la renuncia a este mundo y a uno mismo [...] que se supone proporciona la vida en el otro mundo».

Esta introducción primera de la individualización/totalización y de la *zoé* que realiza el poder pastoral marca para Foucault un antecedente, el análisis del dispositivo pastoral termina con una frase inquietante: «Al lograr combinar estos dos juegos –el juego de la ciudad y el ciudadano y el juego del pastor y su rebaño– en lo que llamamos Estados modernos, nuestras sociedades se nos muestran verdaderamente demoníacas» (1993: 284).

Poder soberano

El poder soberano, tiene las siguientes características para Foucault: se dota de un discurso que representa el poder en términos jurídicos y de una búsqueda del monopolio de la creación y aplicación de la ley a través de personal especializado, entrenado en el redescubierto derecho romano, en tanto que cuerpo de normas con pretensión de orden jerárquico, sistemático, calcado del derecho canónico (Foucault, 1993: 54-55).

El poder político era discontinuo, lagunar, global. Un gran número de relaciones, conductas y cosas escapaban al control del poder. Esta situación anunciaba la necesidad de la instauración de un poder preciso, continuo e individualizado (1993: 57-58).

Los mecanismos del poder soberano eran onerosos y ello porque el poder era esencialmente recaudador y predatorio, un poder de disposición. En esta medida operaba siempre una sustracción económica, y lejos, consecuentemente, de favorecer o estimular el flujo económico, era permanentemente su obstáculo y freno.

El poder de disposición lo era también sobre la vida de los *subditi*. «Hacer morir y dejar vivir» era el lema absolutista del poder soberano. El castigo de la pena de muerte era administrado como un ritual público y un espectáculo que reafirmaba el carácter soberano del poder (1992: 171).

El poder se medía en términos de territorios, recursos, cantidad de habitantes y se ejercía sobre esas magnitudes más que sobre una po-

blación (1993: 58). De ahí que para cuantificar el poder del estado frente a otros, se den las primeras formas incipientes de hacienda y estadística públicas.

Poder disciplinario y biopoder

En los siglos XVII y XVIII se ven aparecer técnicas de poder centradas especialmente en el cuerpo individual. Se trata de aquellos procedimientos mediante los cuales se aseguraba la distribución espacial de los cuerpos individuales (su separación, su alineamiento y su vigilancia), su puesta en un campo de visibilidad. Su adiestramiento y transformación en fuerza útil y dócil. En síntesis: toda la tecnología que Foucault llama disciplinaria del trabajo y que se da en las instituciones: la fábrica, la escuela, el ejército, el hospital, el manicomio. A estas disciplinas dirigidas a la corporalidad las llamará también «anatomopolítica» (1992: 173).

A mediados del siglo siguiente, se ha diferenciado otra tecnología de poder, esta vez dirigida a la población: este conjunto de técnicas tienen como supuesto que el poder debe ejercerse como regulación sobre el conjunto de los individuos como «especie» o entidad biológica que debe ser cuidada, reproducida y promovida en tanto que productora de riqueza, de bienes, de otros individuos. Surge la biopolítica entonces como mecanismo de regulación de la vida (1993: 62).

Con ella surgirán nuevos saberes que tienen por objeto la regulación de la población en tanto que «masa de vivientes»: estadística, demografía, economía política, medicina e higiene sociales, poder de policía, razón de estado.

Sus campos de análisis serán, la natalidad, mortalidad, la prevención de las enfermedades endémicas que son factores permanentes de reducción de fuerzas, de energías, de tiempo de trabajo, y por lo tanto, de costos económicos, sea por la falta de producción, sea por los costos de los tratamientos, entre otros (1992: 174).

Será necesario prolongar la vida, estimular la natalidad. Sobre todo establecer mecanismos reguladores que puedan conservar un equilibrio en una población global. Habrá que instaurar mecanismos de seguridad en todo lo que haya de aleatorio en las poblaciones vivientes. Aparece con la tecnología del biopoder, de carácter continuo, científico una capacidad de regulación, consistente en hacer vivir y dejar morir (1992: 177).

Una manifestación de la emergencia de la biopolítica lo constituyó el poder de policía. Para Foucault este poder tiene características muy peculiares: extiende sus actividades a todas las situaciones, a todo aquello que hacen o emprenden los hombres. Al mismo tiempo vela por un hombre vivo, activo y productivo. Foucault citando a Turquet afirma: el hombre es el verdadero objeto de la policía (1993: 296).

Más aún, la policía vela por todo aquello que regula la sociedad.

Se ocupa de la religión, no desde el punto de vista de la verdad dogmática, sino de la calidad moral de la vida. Al velar por la salud y los abastos se preocupa por preservar la vida, al cuidar el comercio, las fábricas, los obreros, los pobres y el orden público, se interesa por las comodidades de la vida [...] Así pues, en suma, la vida es el objeto de la policía [...] La policía es lo que permite a los hombres sobrevivir, vivir y mejorar. (1993: 299)

La policía es para Foucault entonces, todo un «arte de gobernar», una forma de gubernamentalidad.

Gubernamentalidad liberal

Con la emergencia del estado y la sociedad demoliberal, es necesario ubicar el dispositivo biopolítico en un escenario en que se atribuye la soberanía a los ciudadanos y el poder se apoya en la preservación de la autonomía e iniciativa de los procesos gobernados (mercado, dinámica biológica de las poblaciones).

La cuestión característica de la gubernamentalidad liberal es cómo gobernar, con la máxima seguridad, el mercado y los procesos vitales de la población limitando al mínimo posible la acción directa del estado. La actividad de los gobernados es un medio y también un objetivo en la conducción de conductas (Vázquez García, 2005: 80).

De ahí que las técnicas de la gubernamentalidad liberal, insisten en coordinar indirectamente la autonomía de los gobernados, en sus procesos de subjetivación y en las tecnologías del yo. La supervisión directa del estado es substituída por la «acción a distancia» que se apoya en el «cuidado de sí» de individuos autoresponsabilizados.

El *laissez faire* del liberalismo clásico no equivale a un abstencionismo gubernamental: el estado debe adoptar las medidas necesarias para permitir que economía, población y sociedad se

autogobiernen a partir de su propia dinámica interna. Aquí se emplazan todas las reflexiones que enfatizan el nexo entre población, producción y riqueza de Adam Smith, David Ricardo hasta Bentham y Malthus.

El grado de intervención estatal no constituye una magnitud fija y estable, depende de los riesgos implicados en la autorregulación de los procesos concernidos. Pero siempre es necesario el conocimiento riguroso de esos procesos para evaluar sus riesgos. De ahí que liberalismo y ciencias sociales y humanas nacen de forma entrelazada (2005: 87).

El individuo, su acción en la economía y como parte de la población eran considerados como elementos naturales, *zoé*. El *homo oeconomicus* constituye la figura del individuo que elige libremente buscando la maximización de un interés; las leyes del mercado, de la población y de la sociedad son equiparadas a realidades naturales.

Sin embargo, la pervivencia y la continuidad de la biopolítica implican en la propia gubernamentalidad liberal la existencia de dispositivos soberanos, disciplinarios y reguladores consustanciales a la misma. La soberanía en principio, se halla depositada en el pueblo de ciudadanos, y tutelada por derechos. Pero al mismo tiempo para ser reconocido ciudadano libre y portador de derechos, el individuo debe ser capaz de elegir por sí mismo, debe ser responsable (2005: 88). De ahí las campañas de moralización e higiene de los sectores populares, la prevención del alcoholismo.

Fuera de estas características se articulaban los que no podían tener tal comportamiento: los dementes, delincuentes, pobres, vagabundos, enfermos, madres solteras, desposeídos, aún las mujeres, los simples trabajadores no propietarios y los pueblos nativos de las colonias eran considerados como sometidos al poder biopolítico y disciplinario pero excluidos del ejercicio de la soberanía y de la ciudadanía.

El racismo se articula con el poder colonial para construir la imagen de etnias y pueblos inferiores, y luego al interior de la propia sociedad y gubernamentalidad liberal, la biopolítica de la peligrosidad social y el racismo construirán la dimensión de colonialidad interior del propio biopoder. *Bios* y *zoé* se solapaban en cuanto a la población pero se distanciaban en cuanto a la soberanía.

Por lo tanto, la optimización y preservación de los procesos biológicos que afectan a las poblaciones van acompañados en las formas de gubernamentalidad liberal, de grupos de población excluidos y períodos de suspensión, como dice Giorgio Agamben, para esos gru-

pos de población y durante esos períodos, el estado de excepción se transforma en el vínculo entre soberanía y biopolítica.

La segunda parte de la fórmula biopolítica de Foucault: «hacer vivir y *dejar morir*», es el término activo que demuestra la continuidad del lado oscuro de las técnicas biopolíticas entre el totalitarismo y la gubernamentalidad liberal:

El nazismo sólo llevó a su paroxismo el juego entre el derecho soberano de matar y los mecanismos de biopoder. Pero este juego está inscripto en el funcionamiento de todos los estados modernos, de todos los estados capitalistas. Y no sólo de éstos. (Foucault, 1992: 186)

En el totalitarismo se trata más bien, entonces, de «hacer morir y hacer vivir».

Gubernamentalidad social

Cuando las explicaciones de las ciencias sociales nacientes descubrieron que la vida de la población se veía resentida, generando resistencias sociales y la extensión del imaginario socialista sobre un trasfondo de expansión del pauperismo, degradación de la salud, hacinamiento urbano, descubrieron los límites de la actuación negativa del *laissez faire*.

Si se quería mantener la eficacia y continuidad del poder era necesario ampliar los dominios de la regulación biopolítica. Nace la gubernamentalidad social con un conjunto de técnicas muy variadas: desde la seguridad social bismarkiana, pasando por el *new deal* y el estado de bienestar, hasta la eugenesia.

La subjetividad se modifica en la medida en que se abre camino la noción de «ciudadanía social», el individuo ya no era realidad natural como el *homo oeconomicus*, sino un sujeto de necesidades por cubrir a través de la prestación de los correspondientes bienes (salud, educación, vejez segura, vivienda).

Mientras que en el liberalismo, el cuidado de sí correspondía al individuo, era responsabilidad del propio *homo oeconomicus*, en la gubernamentalidad social los mecanismos de seguridad social descansaban en vínculos de solidaridad o dependencia mutua con una gran visibilidad del estado en la gestión. El individuo era gobernado

por medio de su enlace o dependencia con el conjunto de la sociedad (Vázquez García, 2005: 87).

Gubernamentalidad neoliberal

La gubernamentalidad neoliberal avanzada supone todo un nuevo modo de gestionar las conductas en ámbitos muy variados (política laboral, seguridad social, sistemas de salud, educativo, política familiar, control de la inmigración y de la criminalidad) que hoy se ha expandido a escala mundial. Guarda una semejanza crucial con el liberalismo clásico: la crítica a las excesivas facultades atribuidas al estado, el énfasis en un gobierno que proceda potenciando la autorregulación de los procesos gobernados (mercado, población, familia, individuo).

Pero a diferencia del liberalismo clásico, que consideraba que simplemente había que liberar la realidad natural del *homo oeconomicus* y del mercado, la gubernamentalidad neoliberal es constructivista: se trata de una realidad que hay que fabricar. Para los sujetos del neoliberalismo el interés en la propia realización personal, su capacidad de elección, sólo pueden brotar en un entorno adecuadamente construido y programado.

Por lo tanto, paradójicamente el estado que debe retirarse, o no ser visible, aparece explícitamente promoviendo de forma activa y agresiva un entorno en el que puedan desplegarse las estrategias de la gubernamentalidad neoliberal. Pero lo hace a través de una «interfase» o retícula de dispositivos que fortalecen y crean los mercados. Para ello la regulación debe asegurarlos y promoverlos.

Se trata de transformar al individuo necesitado y reclamante de bienes, el ciudadano social, en un individuo activo y autorresponsable, capaz de elegir por sí mismo y de sacarle partido a sus recursos personales en la búsqueda de su propio estilo de vida. Un «empresario de sí mismo» (2005: 92). Por lo tanto, tiende a cambiarse la estrategia de la gestión del riesgo a través de la solidaridad social por estrategias de autorresponsabilización que pasan por ejemplo, por tener la capacidad de elegir y pagar su capacitación, sus seguros privados de salud y de vejez.

En esta línea se articulan tres dispositivos claves: la promoción de una cultura empresarial, la creación artificial de mercados, y un «nuevo prudencialismo».

En primer lugar, la empresa se transforma en un modelo que se expande a la gestión de la propia vida. Este dispositivo no aparece justificado solamente en logros materiales como la ganancia y la riqueza, sino también a partir de valores «espirituales».¹¹

Para enriquecer espiritualmente el propio yo, para obtener beneficio y equilibrio afectivos en la familia o en el trabajo, para dar forma a un estilo de vida auténticamente personal, es necesario hacer de la propia vida una vida de empresa. Un desempleado, por ejemplo, ya no será considerado en paro, sino trabajando sobre sí mismo para aumentar su «empleabilidad» (Vázquez García, 2005: 93).

Este *ethos* empresarial, verdadero «nuevo espíritu del capitalismo» (Boltanski, Chiapello, 2002), exige remodelar la existencia individual y las propias agencias que prestan servicios (sanitarios, educativos, atención a los mayores, vivienda) con arreglo a los valores de la iniciativa, la competitividad, el placer de asumir riesgos, la flexibilidad, la polivalencia. La gestión pública se transforma según criterios empresarios.¹²

En segundo lugar, el medio principal para extender esta cultura y fomentar la auto responsabilidad individual es la creación artificial de nuevos mercados. El estado ya no debería gobernar directamente los procesos económicos, biológicos o culturales. Se dedica a preservar la existencia de los mercados ya existentes o a estimular la construcción de nuevos mercados. Por ejemplo, en el ámbito de la educación, la salud, la vejez o incluso las prisiones y la seguridad, que antes eran considerados bienes públicos. Cuando no se privatizan los servicios públicos se los descentraliza y se les exige sustentabilidad económica y funcionamiento según criterios de eficacia, eficiencia y rentabilidad.

Todos los servicios públicos están centrados en el «cliente», consumidores de servicios cuyas demandas deben ser atendidas de forma personalizada. Al mismo tiempo, los bienes y servicios ganan en un significado expresivo, ya no son distribuidos de modo estandarizado y lineal, sino que obedecen a las elecciones personales de un consumidor que los convierte así en manifestaciones de un «yo» y de un estilo de vida personal.

¹¹ Cuyo modelo aparece en los valores de la construcción de las marcas o de la «imagen de la empresa». Ver Klein, 2001.

¹² Ver Osborne y Gaebler, 1993.

Se rompen las fronteras de separación entre lo público y lo privado. Las agencias que participan de estos mercados son de difícil ubicación en uno u otro sitio: empresas de seguridad social que dependen de subvenciones públicas, organismos de propiedad pública gestionados por personal de empresas privadas, entidades mixtas que concentran contratos públicos y privados.

El poder estatal ya no opera sobre los procesos biológicos mismos, sino sobre los mecanismos que los gobiernan, es decir, sobre los mercados artificialmente contruidos, garantizando su buen funcionamiento. La gestión de la vida es indirecta a través de sus dispositivos autónomos que hacen circular lógicas de poder concurrentes en sus efectos.

El tercer aspecto de la gubernamentalidad neoliberal tiene que ver con lo que podemos llamar «un nuevo prudencialismo» en la gestión de los riesgos sociales.

En el estado de bienestar estos se gestionaban a través de la red de dependencias que ligaban al ciudadano social con la colectividad. Por ejemplo, el sistema de aportes o cotizaciones a la seguridad social para la prevención de la enfermedad, el desempleo, la siniestralidad. Ahora se trata de que cada individuo se haga cargo de prevenir sus infortunios, contratando los servicios pertinentes en el mercado: fondos de pensiones, empresas de salud, sistemas de vigilancia privada, educación. El sujeto debe desarrollar un «cuidado de sí»: conductas de cálculo, autodisciplina y previsión, en fin, debe ser prudente con su salud, su futuro laboral, su seguridad.

Aparentemente, se trata de una nueva versión del viejo prudencialismo, cuando la filantropía y las instituciones correccionales trataban de inculcar en las clases trabajadoras las virtudes del ahorro y la sobriedad.

La noción de riesgo mismo parece haber cambiado, no solamente lo sufren los sectores populares sino toda la sociedad, y en la gubernamentalidad neoliberal ya no es tanto una amenaza susceptible de ser minimizada por la ingeniería social como una oportunidad para cultivar el *ethos* empresarial: movilizar las energías sociales, desarrollar una vida más plena, potenciar la responsabilidad de los individuos, abrir nuevos mercados. Los riesgos más que prevenidos o reducidos, deben ser administrados de forma rentable (Vázquez García, 2005: 96-97).

La deidad bifronte de la biopolítica

La biopolítica tiene entonces, como el dios Jano, dos caras. Por una parte, la promoción de la expansión de la vida y de la salud de la población, cara amable que va a llegar a su máxima expansión con la puesta en juego de la «gubernamentalidad social» a través del estado del bienestar y que va a impactar en la disminución de la mortalidad, en el aumento de la esperanza de vida.

Por otra parte, la administración de la disciplina sobre la vida, y en última instancia la administración de la muerte: las políticas de eugenesia¹³ para evitar la reproducción de los sectores sociales inútiles para la riqueza de la nación, o socialmente peligrosos, o desviados de la normalidad por su estado físico o mental; la lobotomización¹⁴ de esas poblaciones, la limpieza étnica con la excusa de depurar la población, la omisión de las políticas sociales necesarias para evitar la mortalidad entre los sectores pobres y/o la omisión, durante algún tiempo, de las políticas sanitarias para evitar pandemias como el SIDA, o la muerte por adicción entre los heroínómanos.

A propósito de la producción de pobreza y de la ampliación de la brecha entre los sectores más ricos y más pobres en y entre las naciones, cabría hablar de una biopolítica de la globalización capitalista neoliberal que produce un verdadero genocidio social a escala planetaria.

A diferencia del absolutismo que instalaba el cadalso en medio de la plaza pública y construía un espectáculo público que era ritual de

¹³ En estados democráticos considerados modélicos y avanzados como Suecia y Estados Unidos, se realizaron este tipo de prácticas eugenésicas en 60.000 y en 70.000 personas, respectivamente. En Suecia las prácticas se realizaron entre 1934 y 1976, mayoritariamente sobre mujeres, por conductas de «peligrosidad social», como haber sido madres solteras, hurtos menores, trastornos de conducta, tener numerosos hijos pese a ser pobres. Normalmente las autoridades sanitarias aprovechaban que estas mujeres solicitaban abortar para imponerles la esterilización a cambio. En Estados Unidos se esterilizaron 70.000 personas hasta 1971, con la excusa de ser «débiles mentales». En realidad se trataba de personas pertenecientes a los sectores pobres y afrodescendientes. Ver Ugarte Pérez, 2005, p. 59.

¹⁴ La lobotomía consiste en una operación quirúrgica que transforma la personalidad del sujeto. Le vuelve dócil al cortar la comunicación que existe entre los lóbulos frontales y el resto del cerebro, sobre todo el tálamo, donde se supone que radican las emociones. Produce apatía, falta de iniciativa y docilidad. Ver Ugarte Pérez, 2005, p. 58.

castigo y manifestación del acto extremo del poder soberano: hacer morir; las sociedades modernas se desentienden de la suerte de quienes no siguen los parámetros de «higiene social» o de «normalidad» o no son «económicamente viables». No se trata de organizar un espectáculo sangriento, sino de dejar hacer y dejar pasar hasta que los problemas hagan peligrar la supervivencia o terminen con la vida de los afectados (2005: 48).

El caso extremo está dado por el totalitarismo y el «hacer morir» por medio de tecnologías biopolíticas (el campo de concentración y la desaparición forzada de personas) a grupos sociales enteros: el genocidio fría y sistemáticamente planificado y ejecutado. De ahí que entre el totalitarismo nazi fascista estalinista y las sociedades democrático liberales para Foucault y Agamben, exista, desde un punto de vista biopolítico, continuidad y convertibilidad de unas en otras.¹⁵ «Los sueños de la razón producen monstruos».

Los efectos de poder de la nueva situación mundial, en tanto con la llamada «globalización» crece la conciencia y percepción de la población como población mundial, muestran dos tendencias: por un lado, después del 11 S, la utilización de la guerra contra un enemigo no claramente definido, de perfiles difusos: «las redes del terrorismo global», en la forma de una instauración del estado de excepción generalizado frente al derecho internacional (de la guerra, de los derechos humanos), como la puesta en juego de tecnologías de control de las poblaciones que se capilarizan en el plano de las prácticas que normalmente hacían a la intimidad y a la privacidad.

Al mismo tiempo, la construcción abierta del discurso político de la excepción como capacidad de delimitar amigos de enemigos, que conmina a los poderes a tomar partido y los encuadra en uno u otro lado del tablero, encuentra en la modificación correspondiente de las

¹⁵ «La tesis de una íntima solidaridad entre democracia y totalitarismo (que tenemos que anticipar aquí, aunque sea con toda prudencia), no es obviamente [...] una tesis historiográfica que autorice la liquidación o la nivelación de las enormes diferencias que caracterizan su historia y antagonismos. Pero, a pesar de todo, en el plano histórico-filosófico que le es propio, debe ser mantenida con firmeza porque sólo ella puede permitir que nos orientemos frente a las nuevas realidades y las imprevistas convergencias de este final de milenio, y desbrozar el terreno que conduce a esa nueva política que, en gran parte, está por inventar» (Agamben, 1998: 20-21).

legislaciones penales una forma de normalización jurídica de la excepción a través del «derecho penal del enemigo».

Por otro lado, la dinámica de la población mundial medida en términos socioeconómicos muestra como la producción de pobreza/riqueza hace biopolíticamente prescindibles a gran parte de la humanidad, que es arrastrada a la subsistencia penosa, en una especie de neomalthusianismo que se sustenta en la omisión de tomar medidas necesarias y urgentes o incluso en la promoción activa de las inercias del actual orden económico mundial. De esta forma, por medio de un verdadero genocidio social encubierto, se puede seleccionar a la población sin derramar sangre.

Foucault más allá de Foucault (Agamben y Negri sobre biopolítica)

La muerte prematura de Foucault, le impidió desarrollar toda la potencia y todas las implicancias de la biopolítica para una teoría crítica, quedan entonces puntos ciegos, que demandan continuar con la reflexión. Dos de esos caminos, relacionados sin duda entre sí, son los que han abierto Giorgio Agamben y Antonio Negri.

El primero, al centrar su esfuerzo teórico en la economía de los intercambios entre poder soberano jurídico y biopolítica, o mejor dicho en las formas en que la *nuda vida* es politizada. El segundo, al vincular el análisis biopolítico con las trazas marxianas del valor y del trabajo inmaterial, mostrando otro aspecto presente en Foucault pero no desarrollado, el de la biopolítica como aparato de captura de la potencia de la subjetividad, y de la vida.

El nexa entre poder soberano-jurídico y biopolítica

Giorgio Agamben, a través de una serie de investigaciones que tienen su punto de partida en su obra *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, centradas en la noción de biopolítica de Foucault, exhibe lo que considera el punto ciego de la teoría política y que articula por un lado, poder jurídico-soberano y biopolítica, y por otro, el efecto de totalización de la gubernamentalidad y el de individualización de las tecnologías del yo.

En Agamben existen dos diferencias respecto a los anteriores análisis foucaultianos de la biopolítica. Primero, mientras Foucault se había centrado en la mayor parte de su obra, fundamentalmente, en el análisis de la microfísica del poder, de los dispositivos específicos a través de los cuales el poder circula en la sociedad, dejando de lado, o construyendo un vínculo débil e impreciso con la teoría del estado, para Agamben es necesario comprender que el paradigma del poder soberano y la biopolítica se coimplican y deben buscarse sus articulaciones y complementariedades (1998: 15). Es más, para Agamben, la formación de un cuerpo biopolítico es la aportación original del poder soberano.

La segunda diferencia es que mientras para Foucault la biopolítica es una forma de racionalidad específica del poder moderno, que surge a partir del siglo xvii, para Agamben se trata de un arcano del poder, *arcana imperii*, que puede rastrearse hasta la antigüedad greco-latina.

La clave de lectura biopolítica de Agamben pasa por identificar las formas de relación (exclusión-inclusión) de la *zoé*, es decir la nuda vida natural, con y en el poder como relación que teje la trama de la vida políticamente cualificada o *bios*. Existe una ambigüedad que da lugar a deslizamientos interpretativos en el propio Aristóteles, que distingue entre el simple vivir, propio de la primera, y el vivir bien, propio de la vida política. La relación entre ambas no es sólo de exclusión, sino también de implicación. La vida políticamente cualificada supone, implica necesariamente la nuda vida.

El interrogante que se formula Agamben al respecto guía su investigación ¿por qué la política occidental se construye sobre la base de la simultánea implicación/exclusión de la vida?, o dicho en otros términos, ¿en qué forma la nuda vida al mismo tiempo es excluida y habita la *polis*?

La política sería entonces el umbral, la articulación entre el viviente y el *logos*. La categoría central de la política no sería entonces, la relación amigo-enemigo como sostuvo Carl Schmitt, sino el par nuda vida/existencia política.

La pareja categorial fundamental de la política occidental no es la de amigo-enemigo, sino la de nuda vida-existencia política, *zoé-bios*, exclusión-inclusión. Hay política porque el hombre es el ser vivo que, en el lenguaje, separa la propia nuda

vida y la opone a sí mismo y, al mismo tiempo, se mantiene en relación con ella en una exclusión-inclusiva. (1998: 18)

Los distintos regímenes o compromisos, por decirlo así de inclusión-exclusión, conducen a la paradoja de una nuda vida que es, muchas veces prescindible pero que por otra parte se considera sagrada. Es necesario, entonces, emprender una genealogía de las relaciones, de las tensiones, de la economía de los intercambios entre nuda vida y poder soberano, de las formas de politización de la vida.

Lo específico de la política moderna, no sería para Agamben, como vimos, la aparición de la biopolítica, el hecho de que la vida se haga objeto del cálculo y la manipulación estatal, sino el proceso por el cual el espacio de la *zoé* y de la *bios* tienden a solaparse y confundirse cada vez más, a través del mecanismo de la excepción. Soberano, decía Carl Schmitt, es quien decide sobre el estado de excepción. La norma jurídica como expresión de poder necesita un orden sobre el cual imponerse. Ninguna norma puede aplicarse al caos, de ahí la paradoja de la excepción.¹⁶ El soberano es tal porque decide el estado de excepción y funda el orden fáctico que posibilita el orden jurídico, pero esa decisión es una decisión sobre la nuda vida. Y sobre quienes podrán ver su vida integrada en el orden político.

Ello es así porque el estado de excepción, y el soberano que sobre él decide, están tanto dentro como afuera del orden jurídico y político, teniendo entonces el poder de modificar las formas de politización de la *zoé*, o nuda vida. Es decir, de decidir sobre la vida o la muerte. Hacer o dejar morir. Hacer o dejar vivir, por evocar la «fórmula de Foucault». «La nuda vida queda apresada en tal fractura en la forma de la excepción, es decir, de algo que sólo es incluido por medio de una exclusión» (1998: 21).

El estado de excepción devenido cada vez más normal es el vector de confluencia para Agamben, de la creciente confusión entre *bios* y *zoé*. Al mismo tiempo es la bisagra entre biopolítica y poder soberano

¹⁶ «La paradoja de la soberanía se enuncia así: 'El soberano está, al mismo tiempo, dentro y fuera del ordenamiento jurídico' o bien: 'Yo, el soberano, que estoy fuera de la ley, declaro que no hay un afuera de la ley'» (1998: 27).

jurídico. Su paradigma es el totalitarismo y sus dispositivos biopolíticos, pero también en las democracias liberales la faz disciplinaria de la biopolítica. En tanto la racionalidad es la misma, existe continuidad entre unas y otras formas políticas.

Con la *zoé* entrando en la política, la nuda vida es objeto de la biopolítica, al mismo tiempo que sujeto de la política democrática. El vínculo es la excepción y de ahí la posibilidad de deslizamientos entre los puntos extremos de la democracia y el totalitarismo, y la permanencia de las técnicas biopolíticas en todo el espectro.

En consecuencia, para Agamben, las formas específicamente modernas de politización de la *zoé*, se dan tanto en el totalitarismo, como en la «sociedad del espectáculo» y del hedonismo consumista contemporáneo. Su fundamento común es el estado de excepción. Pero excepción ¿de qué? Dijimos que la excepción y el, o los que deciden sobre ella están en una relación ambigua con el derecho, no están ni dentro ni fuera y ello, le o les, permite modificar la índole de las relaciones entre nuda vida y política, o la forma por la cuál la nuda vida es politizada.

En los estados modernos, el discurso de los derechos humanos y de la ciudadanía es el modo de sacralizar la nuda vida y de inscribirla en el derecho (1998: 160). A tenor de ese discurso, el simple nacimiento de los seres humanos (en tanto que libres, iguales y dotados de derechos innatos) marcaría el *fundamento* de la *bios*. Sin embargo, sabemos que esto no es así, y la clave de análisis biopolítico nos muestra cómo el estado de excepción devenido permanente y expresado en la guerra, la limpieza étnica, el genocidio y también el genocidio social, despojan constantemente a la nuda vida de ese estatuto jurídico. Los estados son sin duda, biopolíticos, su objetivo son las poblaciones.

La biopolítica nos provee entonces de claves críticas para el análisis de los derechos y de la ciudadanía de una fecundidad no explorada y que en este trabajo sólo podremos señalar, más adelante, a grandes rasgos.

La biopolítica como aparato de captura

El otro aspecto que aparece poco desarrollado en Foucault, es que el propio poder tiene su fuente de alimentación y de producción en la actividad de la población, de ella captura su producción de riqueza, su creatividad y el mayor o menor grado de docilidad gracias al cual, el poder, se reproduce y circula.

Foucault llega a entrever esta función del poder biopolítico que, como un vampiro, se alimenta, tiene su fuente de vitalidad en la vida de la población. A propósito del «poder de policía» como dispositivo del poder político moderno, muestra como: «El poder de la policía, en tanto que forma de intervención racional que ejerce el poder político sobre los hombres, consiste en proporcionarles un pequeño suplemento de vida y, al hacer esto, proporcionar al estado un poco más de fuerza» (1993: 297). El objeto moderno del arte de gobernar o de la racionalidad estatal sería «desarrollar unos elementos constitutivos de la vida de los individuos de tal forma que su desarrollo refuerce también el poder del estado» (1993: 302).

La productividad que Foucault reconoció en las relaciones de poder, que no es sino la capacidad de producir realidad, depende de la salud y de la productividad de la vida, de la población activa y sana. ¿Es posible invertir la perspectiva y verla desde la subjetividad?, ¿acaso en la potencia de la vida activa no tiene el poder su fuente inmanente?, ¿acaso desde esta perspectiva «invertida» o «puesta sobre sus pies», la masa indiferenciada viviente de la «población» no se transforma en la posibilidad de la composición de la potencia de una multitud de singularidades?, ¿en la producción de subjetivaciones que exceden el poder individualizante?

Estos interrogantes aparecen con fuerza en la obra de Antonio Negri (2003: 79 y ss). Para este autor italiano, el desarrollo tendencial de la biopolítica moderna, supone el paso de la disciplina al control. Por este debemos entender, el gobierno de las poblaciones a través de dispositivos que abarcan colectivamente el imaginario, el trabajo y la vida.

Mientras que la disciplina se da con políticas que actúan y marcan la corporalidad de los individuos, el control domina el imaginario, la mente, las conductas. La vida hace parte del poder. Se da una tendencia a desbordar los marcos originarios de la biopolítica, es decir, las ciencias de la policía, de la administración, del derecho, para presentarse como un tejido que abarca la totalidad de la vida.

Pero pareciera, en la interpretación que Negri hace del último Foucault, que debemos pensar la biopolítica como conjunto de biopoderes que ya no se originan exclusivamente en la gubernamentalidad. En la medida en que el poder abarca la vida, también la vida se transforma en un poder.

Si decimos que la biopolítica representa un poder que se captura de la vida misma, no sólo en el trabajo o en el lenguaje, sino también en los cuerpos, los afectos, el deseo, la sexualidad, entonces podemos identificar en la vida, el *locus* de un contrapoder, de una potencia, de una producción de subjetividad que se da como desujetamiento.

En esta perspectiva, Negri fuerza el camino apenas esbozado de la resistencia, la libertad y las tecnologías del yo, trata de deshacer el nudo de ambigüedad de la subjetividad moderna que el propio Foucault había marcado. Con el recentrado de la perspectiva en la subjetividad, la vida es pensada como potencia, la biopolítica como pasaje de la política a lo ético: una construcción ética del cuerpo, de la vida de los placeres y del trabajo.

A partir de esta tensión conceptual que aparece en el último Foucault, Negri la inclina del lado de la subjetividad y propone la distinción de las nociones –que en Foucault no era nítida– de biopoder y biopolítica.

El primero, corresponde a la función de dominio heterónimo sobre la vida a través de dispositivos y tecnologías de poder, como parte de la gubernamentalidad capitalista de las relaciones sociales. La segunda, cuando el análisis crítico del poder es hecho desde el punto de vista de las experiencias de subjetivación y de libertad desde abajo, abarcando el complejo de las resistencias en las grietas y límites, contra el telón de fondo de los dispositivos sociales y sus contradicciones. Aquí es donde aparecen para Negri la intransitividad de la libertad, la diferencia y el exceso de subjetividad (2003: 82). Explícitamente en la red conceptual que construye, articula las transiciones del capital (del fordismo al posfordismo), con los dispositivos biopolíticos y las formas de subjetividad productiva y antagonista. De ahí que la biopolítica de Negri no puede sino tener como una de sus categorías centrales las mutaciones en la actividad vital productiva por excelencia: el trabajo. Pero justamente hoy, la hipótesis de Antonio Negri y de sus compañeros de ruta del autonomismo (Paolo Virno, Christian Marazzi, Maurizio Lazzarato entre otros, con fuertes influencias de Deleuze y Guattari), es la de la difuminación entre las fronteras del trabajo material e inmaterial, y la tendencia al predominio del segundo.

En clave biopolítica, es de destacar la tendencia a superar la distinción entre trabajo y lenguaje, y entre trabajo y actividad humana

genérica, en tanto lo que deviene productivo y genera valor, es la propia vida de relación afectiva y comunicativa. Los saberes prácticos de la vida de relación, sus capacidades comunicativas y afectivas son «cazadas» por los aparatos de captura de las empresas capitalistas para valorizar sus mercancías, o bien para ser utilizados como valores simbólicos en las campañas de publicidad.

Se trata de la paradoja del «lugar de los calcetines» (Marazzi, 1999), que visto desde la figura tradicional del trabajo es improductivo y no comporta un saber valioso en modo alguno. Sin embargo, ese sitio (fuertemente marcado por las relaciones de género ya que lo que el capitalismo fordista excluía al ámbito doméstico como trabajo no productivo, el patriarcado lo marcaba como rol subordinado y pasivo de la mujer), bajo la mirada biopolítica es sumamente valioso. El «lugar de los calcetines» es el sitio donde se reponen los objetos más íntimos de la vida familiar, compuesto de saberes prácticos para la reproducción, y sobre todo de afecto. Basta ver en las ciudades europeas y norteamericanas los carteles e incluso las empresas ofreciendo el nuevo servicio de madres que se alquilan, para cuidar niños de otras familias, junto con los propios. Estas relaciones pueden ser, por supuesto, serviles o libres, mercantilizadas u organizadas en base a la solidaridad, la participación y una nueva perspectiva de género, pero una y otra posibilidad se juegan por entero en la agonalidad del tejido productivo biopolítico.

Estas posiciones de Negri y sus compañeros de ruta, han sido estigmatizadas desde posiciones de izquierda «ortodoxa», que pretenden ser más fieles a la figura clásica del trabajo y de la subjetividad obrera. Es más, se les ha acusado de haber traicionado sus luchas históricas y bajo la retórica del «Imperio» y la «Multitud», adoptar posturas apologéticas del capitalismo. Se ha señalado también, su poca pertinencia para el análisis del capitalismo periférico.

Quisiéramos apuntar, por nuestra parte, y sin salirnos del tema, ni extendernos demasiado, algunas cuestiones que se iluminan en esta perspectiva «biopolítica» y que son pertinentes tanto para el análisis crítico del «Capitalismo Mundial Integrado» en general, como para el capitalismo periférico latinoamericano:

a. ir más allá de Marx, no significa volver a un análisis premarxiano o que rechace los momentos más lúcidos e importantes del marxismo. El capitalismo, como modo de producción, sea en su etapa fordista

o en su transición postfordista, es un concepto abstracto en tanto que forma o modelo de la producción y reproducción de la vida.

Esto significa que en el análisis de formaciones sociales histórico concretas, o de tendencias históricas de la estructuración del «Sistema Mundial», o del «Capitalismo Mundial Integrado» y sus transiciones, se presentan de forma desigual y combinada, incluso articuladas sincrónicamente con modos de producción no capitalistas. Y esto vale también para sus diferentes formas de trabajo.

Luego, cuando se apunta la tendencia al predominio del «trabajo inmaterial», esto es nada más que eso, una tendencia que se verifica más o menos y de diferentes formas según la formación social histórico-concreta estudiada. La transición postfordista se caracteriza entonces, por la convivencia de los más diversos modelos productivos.

El postfordismo reedita todo el pasado de la historia del trabajo, e incluye desde islas de obreros masificados hasta enclaves de obreros profesionales, desde la inflación del trabajo autónomo hasta la recuperación de antiguas formas de servidumbre, dominio personal, trabajo forzado y esclavo. «Los modelos de producción que se sucedieron en largos períodos se representan sincrónicamente como una exposición universal» (Virno, 2003: 121).

b. Puede decirse que en el nuevo contexto de productividad biopolítica, el comando capitalista es directamente político y no tanto interior a las actividades que generan valor. Esta tendencia obedecería a dos determinantes: por un lado, la dialéctica del instrumento, del medio de producción, está en crisis, porque en muchos casos, el capital ya no lo provee. Por otro lado, en la medida en que la productividad de valor social ya no se reduce a la figura del trabajo asalariado productivo clásico, sino que involucra cada vez más formas de actividad vital, se hace más difícil de medir económicamente en términos del «tiempo de trabajo socialmente necesario». El tiempo de trabajo tiende a coincidir con el tiempo de la vida. Su «comando», entonces, se muestra crecientemente «biopolítico» y arbitrario (Negri, 2003: 72-73).

La cadena de valor, que tiene su sustancia común en la actividad vital de la población, debe ser inscripta materialmente en secuencias de lugar y gobernada por un comando propietario. El sistema de control consiste en jerarquizar y articular la cooperación al interior de un sistema productivo de comando continuo. Ello porque las nuevas tecnologías de la información y la comunicación permiten hacer eficaz la coor-

dinación interactiva de operadores autónomos, al mismo tiempo que los subordina a una jerarquía sobre esta base propietaria (2003: 122).

Los juegos de poder de la gubernamentalidad del capitalismo neoliberal, como vimos, apuntan a generar un conjunto de dispositivos: generalización del paradigma de gestión y el *ethos* empresario, creación de mercados artificiales, «nuevo prudencialismo», que tienen el efecto de poder capturar el valor socialmente generado por la actividad vital y las capacidades genéricas productivas, afectivas, comunicativas de la población. Esos dispositivos en realidad disimulan, opacan e invisibilizan la arbitrariedad política sobre la que se captura la generación social de valor.

Podríamos decir entonces, con Negri, que esos dispositivos también están orientados a cortar y bloquear la posibilidad de la cooperación, de la libertad y de la composición de la potencia de las subjetividades.

c. En general, puede apuntarse que en unas sociedades donde del trabajo asalariado industrial clásico ya no puede predicarse su centralidad *a priori*, habrá que analizar en cada caso cuál es su composición técnica, de clase, su relación con las formas de socialización y de actividad consideradas usualmente no productivas, sino reproductivas.

Pero entonces hay que ver también qué es lo que tienen de común las distintas formas de actividad que ahora desbordan esa figura clásica. La respuesta variará en cada situación, pero es importante en términos de cómo se resuelve la tensión entre poder y libertad, entre sujeción y subjetivación en el tejido biopolítico. Apunta a la posibilidad de la composición de las subjetividades como resistencia y «contrapoder», a la construcción de espacios sociales ampliados. Hay varias posibilidades: Paolo Virno, apunta al carácter unitario de la socialización, separado del proceso laboral, como contrapunto a la fragmentación de las distintas figuras del trabajo y de la actividad y a su convivencia combinada, desigual y sincrónica (Virno, 2003: 122).

Pero esta no es la única respuesta. Hay que analizar, por ejemplo, las articulaciones de las luchas populares contemporáneas en América Latina. La articulación territorial de las luchas por las viviendas de los «sin techo», o por las tierras de los campesinos desposeídos y de los desocupados urbanos por subsidios de desempleos, son apoyadas y a veces organizadas a la manera de las luchas sindicales y articuladas con las demandas de los sindicatos de trabajadores de la adminis-

tración pública, y a veces con las de los servicios y de la producción. ¿Cuál es el tejido común?

Sin duda, la experiencia de los sectores populares de sufrir la violencia estructural de verse desposeídos de los bienes sociales para la vida. De verse sometidos a una biopolítica que excluye y «deja morir», al mismo tiempo que sus derechos son reconocidos simbólicamente por las constituciones. Son derechos «sagrados» pero se prescinde de ellos, de sus portadores vivientes. El aparato de captura se legitima simbólicamente al reconocer derechos, pero «deja morir» o lleva al borde de la subsistencia, a sus titulares, vivientes necesitados.

En estas condiciones, es posible que se den los requisitos de la teoría de la movilización social, y de los movimientos sociales, que hace un tiempo viene sosteniendo que las «variables» explicativas de los mismos, pasan por la estructura de oportunidades políticas, la construcción cultural de marcos de injusticia y la movilidad o nomadismo de los repertorios de acción social reivindicatoria. Variables que en su sinergia, generarían un marco explicativo de este tipo de movilizaciones en contextos de opresión, exclusión, pauperización.

d. Los saberes prácticos que la ciencia y la técnica occidental habían desechado como «bárbaros», integran ahora la dimensión biopolítica de la actividad humana productora de riqueza y por lo tanto son objeto y presa apetecible para los dispositivos de poder y los aparatos de captura del capitalismo global.

Las propiedades medicinales de la flora, por ejemplo, conocimiento cultivado y atesorado durante generaciones por las comunidades tradicionales e indígenas que habitan las reservas de biodiversidad, son cazados y capturados por dispositivos de poder que articulan saberes científicos biotecnológicos, normas jurídicas como las del tratado de protección de la propiedad intelectual de la OMC, reglas técnicas y condicionalidades de la economía política y los organismos económicos internacionales sobre el buen uso de los recursos y materias primas valiosos en el mercado de la salud.

e. La pobreza. En este contexto en que la frontera entre trabajo productivo y actividad humana se difumina, en que la productividad es biopolítica, la visión que se tenía en varias tendencias del pensamiento marxista más ortodoxo acerca de los pobres como «lumpenproletariado», ejército industrial de reserva, ya no tiene ra-

zón de ser. No la tuvo nunca en realidad. La pobreza no es más que el hecho de no lograr hacer valer la actividad.

Si la función de la biopolítica es la de cortar y bloquear la cooperación, acotar los espacios de las poblaciones prescindibles, reducir su movilidad y su capacidad de migrar, entonces el pobre no es sólo excluido, sino también un sujeto oprimido (Negri, 2003: 84). Pobres y trabajadores, en el contexto actual pueden luchar juntos y de hecho la contemporánea experiencia de la sindicalización y organización territorial de las luchas populares en América Latina, representan ejemplos concretos de esta posibilidad, como puede ser, la asunción por parte de la Central Única de Trabalhadores (CUT) brasileña y la Central de Trabajadores Argentina (CTA) de articulaciones entre sus sindicatos y las organizaciones territoriales de desempleados.

Pauper post et ante festum. La pobreza es la posibilidad de toda riqueza. La potencia de todas las formas de actividad, reconocidas o no como trabajo asalariado, son susceptibles de capacidad desde la tensión biopolítica de la lucha por la vida.

Exoducción: cuatro principios biopolíticos para una teoría crítica de los derechos humanos

a. *Para construir una biopolítica alternativa, desde abajo, es necesario partir desde los sujetos corporales en situación.*

Si con el último Foucault y con Negri, consideramos que la posibilidad de la libertad radica en deshacer el nudo de ambigüedad de la subjetividad, entonces es necesario partir del sujeto corporal en situación: en su trama de relaciones y en su actividad vital.

Usualmente, se parte de un esquema teórico general que sirve para subsumir las situaciones. Es necesario pensar al revés, partir desde las situaciones nos lleva a pensar esquemas teóricos abiertos y flexibles que correspondan a la densidad teórica y a la exigencia ética de las mismas situaciones.

La «caja de herramientas» construida en torno a subjetividad, biopolítica, dispositivos por Foucault, Agamben, Negri entre otros, nos presta nociones que trabajan en redes conceptuales, articulaciones y estrategias históricamente contingentes. Dicho así, parece un poco difuso y huidizo, sin embargo, en los análisis de Foucault el

dispositivo y las tecnologías de poder que pone en juego, se concreta en una cierta trayectoria de narración histórica.

Nos interesa resaltar aquí que esta red de conceptos se puede concretar también desde las situaciones. Las situaciones son condensaciones de las relaciones sociales donde se juega una cierta forma de tensión/articulación entre *bios* y *zoé*, poder y libertad, la posibilidad de la producción, reproducción y desarrollo de la vida y la forma en que la vida biológica es codificada políticamente. En ese sentido, la totalidad está en cierta manera, o puede leerse de cierta forma, desde la situación.

La situación de la subjetividad siempre es immanente a una trama de relaciones y puede desplazarse entre la sujeción a los dispositivos de poder que en ella entran en escena, o la construcción de subjetividad y la composición de la potencia, del exceso de subjetividades. Como vimos, el último Foucault presenta esta tensión entre poder y libertad.

La densidad de la situación hace que en ella se condensen esas relaciones y que de cierta forma, reaparezcan en ella, de forma «hologramática», la red de juegos de poder que tienen que ver con el poder soberano, con la biopolítica, y con las disciplinas. Esta densidad plantea una exigencia política que deviene exigencia ética: la afirmación de la subjetividad coincide con la proliferación de la vida y de la actividad en un proceso de «autovalorización», frente a los dispositivos que politizan la vida integrándola en estrategias de la masa indiferenciada de la población productora y consumidora, y también frente a las técnicas constructoras de individuos funcionales «empresarios de sí mismos», «prudentes» y a las disciplinas formadoras de cuerpos dóciles.

La tensión entre situación y totalidad es imposible de evitar, estamos condenados a y arrojados en ella. Pareciera que tiende a decantarse siempre a favor de nuestra subsunción (la de nuestros cuerpos y relaciones) en abstracciones reales y falsas totalidades (políticas, económicas, religiosas), que son tanto productoras, marco como efecto de las estrategias y dispositivos de poder.

De esta forma somos cada vez más espectadores de los procesos vitales. Nuestra vida común deviene espectáculo.

Necesitamos cambiar nuestra forma de pensar y ver: la teoría del estado, de las relaciones internacionales, la economía política, el derecho, la sociología se nos aparecen como estancias, habitaciones se-

paradas, ámbitos de dominio de una escenografía tradicional, donde las situaciones aparentan encapsularse en esferas específicas. Dormimos y amamos en el dormitorio, comemos en el comedor.

El dispositivo, en cambio, nos invita a pensar y ver de forma relacional, oblicua, estratégica y a captar la contingencia histórica. La situación como articulación y punto de visualización nos pinta un panorama más parecido a un *loft*, donde desaparecen las paredes que dividen el comer del amar y el dormir. Las actividades se integran en un espacio donde podemos ver y situarnos.

Como en una película de Lars Von Trier, *Dogville* por ejemplo, donde las situaciones se producen a través de un efecto de iluminación y se suceden en una escenografía que simboliza un espacio de ciudad en que las casas, habitaciones y calles están dibujadas y no separadas realmente. Vista desde arriba, la escenografía semeja un tablero de juego o un plano de arquitectura.

Esta perspectiva devela, hace posible ver: desde la dirección que va del poder al sujeto, el conjunto de acoples estratégicos, afinidades y complementariedades en la trayectoria de un dispositivo de poder para producir el efecto sujeto. Desde los sujetos, las posibilidades de composición y articulación de la potencia a través de dispositivos de contrapoder que son un efecto de subjetivación, de exceso de subjetividad.

Como sabemos y la experiencia política moderna muestra, el arte de construir separaciones espaciales, políticas, culturales de dominios de saber, tiene resultados ambiguos, o al menos no determinables «*a priori*», puede servir a la libertad frente a un poder homogeneizador y totalizador o puede servir para disciplinar e individualizar a los sujetos y evitar su composición.

La perspectiva de la agonalidad totalidad-situación y sujeto-objeto, atravesada por dispositivos de poder, nos permite salir de la disyuntiva entre totalidad abstracta y particularidad concreta.

Y, ¿qué relación existe entre la vida de las subjetividades situadas y ese discurso del poder soberano que los interpela como ciudadanos partícipes de la soberanía y titulares de derechos, que enuncia la sacralidad de su vida pero que les quita la capacidad de enunciarlos y ejercerlos y los empuja hacia la fórmula biopolítica: «hacer vivir, dejar morir»? La paradoja que nos muestra Agamben en su *homo sacer*, la afirmación política de la sacralidad de la vida y al mismo tiempo, de su carácter biopolíticamente prescindible, constituye una paradoja

de los derechos humanos, que inicialmente, no son más que la inscripción de la *nuda vida* en el orden jurídico político.

Una teoría crítica de los derechos, nos muestra que los mismos son susceptibles de reenunciación desde las situaciones, como un marco signifiante posible y disponible públicamente en la cultura occidental, de las luchas por la dignidad humana, de las prácticas de construcción de una biopolítica alternativa. La verdad del discurso de los derechos humanos, que es en sí mismo ambiguo y manipulable por el poder, solamente se puede verificar por la praxis de las mujeres y los hombres concretos en las situaciones concretas.

b. *Para construir una práctica teórica crítica es necesario habitar y comprender las situaciones. La perspectiva situacional es un saber de acción.*

Partir entonces desde la comprensión y la concreción de la situación exige un compromiso, muy difícil de alcanzar y que constituye en sí mismo toda una experiencia vital, que metodológicamente rompe la escisión entre teoría y práctica, entre sujeto y objeto y entre investigación y acción.

La exigencia de la investigación-acción o de la investigación militante puede ser excesiva, dado que nosotros mismos, docentes, investigadores, operadores jurídicos, estamos sometidos a una tensión entre poder y libertad, entre sujetamiento y subjetivación, en las propias instituciones académicas y jurídicas que nos condicionan y en parte, nos construyen. Esas instituciones, nos exigen distanciamiento de las situaciones en la forma de «neutralidad valorativa» y «objetividad».

Sin embargo, la exigencia ética de las situaciones, requiere al menos el compromiso desde la «práctica teórica» de la «comprensión» de las luchas por la dignidad humana. Es decir, requiere la reflexividad (toda investigación es para alguien y para algo), en vistas a la inflexividad y a los objetivos emancipatorios de la práctica teórica.

Así como en la arqueología foucaultiana queda claro que los regímenes de verdad y los saberes refuerzan las tecnologías y los efectos de poder, en la construcción de una teoría crítica desde las situaciones, los saberes deben ser devueltos a los sujetos que luchan por su dignidad, para reforzar los «contrapoderes». Sin este compromiso mínimo no existe teoría crítica, ni compromiso con las situaciones. Lo máximo que puede haber es, como quiera que lo queramos llamar, un sucedáneo actual de lo que Marx y Engels llamaban despectiva-



mente «socialismo de cátedra». Una teoría y una práctica académica, política o jurídica extra situacional.

c. *Partir del sujeto corporal en situación requiere de una violentología.*

Biopolítica, dispositivos de poder y violencia social forman una trama inescindible.

Las manifestaciones visibles de la violencia social, son inmanentes a circuitos de violencia que articulan sus formas directas y personales, estructurales y simbólico-culturales, y que son tanto excusa, como medio, como efecto de los dispositivos biopolíticos y disciplinarios. Esos circuitos de violencia se hacen presentes y se condensan en las situaciones.

Más que estudiar la paz, como quiera que se la califique, y hacer una teoría abstracta de la misma, hoy es urgente y estratégico estudiar la relación entre la biopolítica y las distintas formas de violencia social, como un saber de intervención estratégica en las situaciones.

La «violentología» contrasta las situaciones con una biopolítica alternativa, toda vez que se basa en el principio de evitar todo sufrimiento humano que sea evitable, dados los recursos materiales y los saberes de que se disponen, y que marcan un umbral objetivo de potencialidad de satisfacción de las necesidades que hacen a la reproducción de la vida. Toda situación que caiga por debajo de ese umbral, es violencia social, sufrimiento humano evitable, indignidad.

d. *El saber biopolítico alternativo debe servir para construir «dispositivos de contra-poder», que integren la función garantista, alternativa y pluralista del derecho como uno de sus momentos.*

El análisis de los circuitos de violencia que corresponden a la puesta en escena de la biopolítica, sirve para trazar un mapa de las lagunas, incoherencias y contradicciones del orden jurídico entendido en función garantista.

Es como si superpusiéramos el mapa jurídico al mapa de los dispositivos de poder y viéramos como este último llena las lagunas e incoherencias de aquel. Esas lagunas e incoherencias serían producidas por lo que Ferrajoli llama los «poderes sociales salvajes», vinculados a las manifestaciones de la violencia social.

Foucault en diversos escritos (*Vigilar y castigar, Genealogía del racismo, La verdad y las formas jurídicas*), tendía a circunscribir lo jurídico al ámbito del poder soberano. Pero en realidad, visto el problema desde la perspectiva conciente del «hecho» de la existencia del pluralismo jurídico, existiría un campo de disputa por el poder de la

enunciación jurídica entre el poder soberano y múltiples situaciones y espacios sociales.

Entonces, desde el referencial teórico del pluralismo, un dispositivo puede articular estratégicamente distintas formas y racionalidades jurídicas. De ahí que la paradoja que encierra la inscripción por medio del derecho de la *zoé* en la *bios* pueda ser analizada mejor con el enfoque pluralista.

De esta forma se comprende mejor el hecho tan repetido de que, en el plano de la ciudad (el espacio de la ciudadanía) se constitucionaliza la vida como sagrada en forma de derechos, mientras que en los espacios sociales disciplinarios y productivos se administra biopolíticamente la nuda vida. La *bios* en tanto vida políticamente calificada aparece en la esfera de la circulación como fundada en la sacralidad de la *zoé*, al mismo tiempo que esta es sometida en el plano de la biopolítica y de la disciplina a una administración normalizadora. En esta aporía se encierra la clave que puede ser desarrollada por una genealogía de las formas de politización de la vida, que es la premisa de toda teoría crítica de los derechos humanos.

El pluralismo jurídico, es decir, la coexistencia en los dispositivos de poder de diversas formas y racionalidades de normación de la manifestación externa de la conducta de los sujetos aparenta ser «caósica».

También, la teoría reflexiva del derecho nos muestra como, por ejemplo, el sistema de normas de comercio internacional es autónomo respecto del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Serían sistemas jurídicos autónomos, incongruentes y con racionalidades diversas entre sí.

Sin embargo, el análisis de dispositivos de poder, nos mostraría como se articulan esas formas plurales de derecho, como tienen distintos grados de eficacia sobre las conductas, porque es la eficacia de los efectos de poder lo que constituye la jerarquía de las diversas formas de derecho, su productividad en tanto que capacidad de producir realidad y que nos devuelve una perspectiva «cósica». Existiría respectividad y una articulación estratégica y desigual entre esas formas de derecho.

La aporía de la sacralización de los derechos humanos en el plano político jurídico y de la simultánea prescindibilidad en el plano de la producción y el comercio, se torna así más comprensible. La capaci-

dad de producir realidad del discurso de los derechos humanos sólo se verifica por la praxis.

Este análisis constituye entonces un saber que refuerza un dispositivo de contra-poder, estratégico, interdisciplinario y flexible, que tiene al derecho garantista o alternativo y a la consciencia de la realidad de la existencia del pluralismo jurídico, como uno de sus saberes y prácticas, pero también articula otros: organización política, pedagogía crítica, repertorios de acciones, todos ellos orientados a abrir espacios de dignidad para la vida.

En efecto, si en su actividad de producción de realidad, es decir, en su carácter productivo, el poder articula dispositivos que ensamblan estratégicamente múltiples saberes, discursos, prácticas, formas de derecho e instituciones entre los cuales «El Derecho» es apenas un elemento más, ¿cómo podríamos pretender construir una práctica teórica crítica de los derechos humanos solamente desde el saber y la operación jurídica dogmática?

¿No estaríamos acaso, descontextualizando y abstrayendo los saberes y prácticas jurídicas?, ¿no estaríamos renunciando a una disposición más capaz de producir realidad?

Un dispositivo de contrapoder y los saberes y prácticas que forman su red (políticos, pedagógicos, jurídicos), deben tener capacidad de producir realidad.

CAPÍTULO III

Políticas del derecho y gubernamentalidad neoliberal. Aportes de Foucault a la crítica jurídica

Aportes de Foucault para pensar críticamente el derecho: derecho y diagramas de poder

El principal objetivo de este estudio es analizar los aportes del concepto de *gubernamentalidad* de Michel Foucault al actual contexto de los derechos humanos y su desarrollo: la denominada globalización. Por esta razón exploramos, bajo las categorías foucaultianas la idea del derecho como una práctica social desarrollada entre, por un lado, la normalización y por el otro, la interpretación genealógica como discurso crítico. Finalmente retomamos el análisis del derecho en la gubernamentalidad liberal y neoliberal y desarrollamos algunas conclusiones.

Existe a partir de Immanuel Kant, una noción de crítica o de criticismo que debemos, en un cierto sentido, recuperar: la que nos permite conocer los fundamentos, los alcances, los límites, las condiciones de posibilidad del conocimiento, y por lo tanto del conocimiento jurídico. Para Kant, estas condiciones eran universales y apriorísticas, estaban dadas en la naturalidad racional del derecho (por ejemplo, *La paz perpe-*

tua). Las tres críticas de Kant a la razón pura, práctica y el juicio establecen los límites para el uso de esas facultades. Su desafío filosófico es prevenir excesos de razón y juzgamiento. Sin embargo, aquí culmina nuestro paseo con Kant, ya que el filósofo de Königsburg entendía los límites como estructuras a priori del entendimiento, que consideraba universales y que mediaban la relación de la razón y el juicio con los objetos de conocimiento. De ahí que las posibilidades morales de la razón práctica y del juicio debían ser consideradas como ideas regulativas universales, formuladas como imperativos categóricos comprensibles y accesibles para la racionalidad y autonomía moral de los sujetos modernos.

Foucault, por su parte, concibe a la filosofía política en la senda kantiana, como un proyecto filosófico para determinar los propios límites del poder político (Simons, 1995: 51). Pero al mismo tiempo va más allá, produce una radicalización de esta crítica en la estela de Nietzsche, nos muestra que las condiciones y límites que constituyen el derecho en su relación con el poder son invenciones históricas, dependen del contexto cultural, de las relaciones de fuerzas sociopolíticas, de las tecnologías sociales de poder disponibles.¹⁷ Luego, hay que hacerse cargo de la invención (y de las reinventaciones...), de los límites y de las condiciones de posibilidad del Derecho moderno en distintos contextos históricos, para poder reconstruir su concepto e importancia contemporánea en los estudios jurídicos.

Aplicando una *perspectiva nominalista* (Foucault, 2005: 14-17), podríamos decir que algo así como «El Derecho», en tanto que universal antropológica no existe, en todo caso el derecho estará siempre vinculado con unos regímenes de saber y con unos diagramas y dispositivos de poder, que lo completan, lo exceden y no pocas veces lo desmienten. Las formas plurales, históricas y culturalmente datadas del derecho, «realmente existentes» deben ser analizadas en su racionalidad y prácticas concretas que resultan de su contexto de aparición, deben ser historiadas en sus rupturas y continuidades en el largo plazo. El derecho es una *realidad transaccional* entre su realidad y su

¹⁷ «La idea de que el tiempo y el espacio no son formas del conocimiento, la idea de que pueden preexistir al conocimiento, y son, por el contrario, algo así como rocas primordiales sobre las cuales viene a fijarse el conocimiento, es una idea absolutamente inadmisibles» (Foucault, 1996: 20).

deber ser, que es aquello que todavía no es y debe ser construido. Esta certidumbre ha traído malestar y polémica en la cultura jurídica, la tensión entre ser y deber ser del derecho ha sido tematizada con distintos nombres: normalidad y normatividad, ser y deber «del» y «en» el derecho, facticidad y validez, entre otros y por mencionar categorías célebres de la teoría política jurídica. Pero como veremos, las transacciones históricas que hacen a la ilusión de «Un Derecho», «El Derecho», no son más que las relaciones de fuerzas inscriptas en normas e instituciones, producto de una batalla de interpretaciones.

De esta forma, habrá que preguntarse cómo el derecho vehicula a, y es condicionado por, los dispositivos de disciplina y de seguridad. Debemos interrogarnos sobre los modos de leer la biopolítica y la gubernamentalidad en la normatividad jurídica, aunque sea en sus intersticios. Tampoco podremos olvidar que el saber y las prácticas jurídicas construyen distintas subjetividades vinculadas al derecho, desde la de los formuladores normativos, pasando por los doctrinarios, hasta los usuarios de la juridicidad, que en clave foucaultiana son mucho más objeto o producto de dichas prácticas, reproductores de las mismas desde la heteronomía, que sus productores. Al mismo tiempo, *el derecho es una técnica de objetivación de juicios* que si por un lado no puede desconectarse del contexto histórico de intereses y valores que se van generalizando por medio de esa relación agónica entre las fuerzas sociales, por otra pretende estabilidad y fijeza. El derecho es un criterio de validación de juicios fundado en la objetivación de intereses y valores. *El juicio se funda en una forma histórica de veredicción, en un régimen de producción de verdad con sus correspondientes figuras de saber-poder*, lo que podríamos llamar una *episteme jurídica*. Esta constituye una «regla de formación», e implica comprender y problematizar los nexos de sentido que permanecen latentes y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales. En ese sentido, el derecho no designa ninguna esencia que la teoría debería reflejar, sino prácticas jurídicas históricas. Un conjunto de estas prácticas son indisociables de una determinada *forma de racionalidad* que las hace inteligibles, las organiza y les fija objetivos. Pero también como muestra Foucault, en los intersticios del derecho, estará articulado con toda una serie de micropenalidades discipli-



narias, y al mismo tiempo, por toda una serie de estrategias de normalización de la vida de las poblaciones, en tanto que especie biológica.

Esta racionalidad, históricamente inteligible, constituye para el derecho, un ejemplo típico de lo que Foucault llama *a priori histórico*, o su colaborador François Ewald «regla de juicio». Este término, utilizado en la *Arqueología del saber*, no designa una condición de validez de los juicios, ni busca establecer lo que vuelve legítima una aserción, sino las condiciones históricas de los enunciados, sus condiciones de emergencia, la ley de su coexistencia con otros, su forma específica de ser, los principios según los cuales se sustituyen, se transforman y desaparecen.

Este *a priori* no escapa a la historicidad: no constituye, por encima de los acontecimientos, y en un cielo que estuviese inmóvil, una estructura intemporal, se define como el conjunto de las reglas que caracterizan una práctica discursiva: ahora bien, estas reglas no se imponen desde el exterior a los elementos que relacionan; están comprometidas con aquello mismo que ligan; y si no se modifican con el menor de ellos, los modifican, y se transforman con ellos en ciertos umbrales decisivos. El *a priori* de las positivities no es solamente el sistema de una dispersión temporal; él mismo es un sistema transformable. (1990: 216- 217)

El *a priori* histórico condensa entonces el acuerdo/desacuerdo filosófico entre Kant y Foucault con el que comenzamos este apartado, y es clave para comprender al derecho como una práctica histórica, impura y relacional y para contextualizar toda una cadena de interpretaciones que recortan y abstraen al mismo desde una cierta regla de juicio,¹⁸ que dis-

¹⁸ Este tipo de racionalidad define la *regla de juicio* de un cierto orden de derecho. La regla de juicio puede ser comparada con la norma fundamental de Kelsen. Al igual que ésta, ella es la condición de posibilidad del orden jurídico, reside en el principio de distinción entre el hecho y el derecho. Partiendo de la idea de que como los complejos jurídico normativos y las prácticas y discursos que los constituyen tienen que tener una instancia de reflexividad y al mismo tiempo de cierre acerca de los pares facticidad/ normatividad jurídica, legal/ilegal, jurídico/antijurídico que reproduce en esa instancia social del derecho el saber-poder. Es decir que no hay derecho sin un

cierte lo fáctico de la juridicidad, oculta los componentes interpretativos culturales objetivando una cierta forma de interpretación y derivación normativa, establece un régimen jerarquizado de *iuris dictio* o de enunciación jurídica que es en sí mismo un diagrama histórico de poder, pero que se articula en otros dispositivos al mismo tiempo, de ahí su constitutiva heterogeneidad e impureza.

Se trata de una manera de pensar, de un juego de categorías que determinan que ciertas prácticas sociales de juicio sean consideradas jurídicas. El tipo de racionalidad por el cual se reflexionan las prácticas jurídicas (Ewald, 2000: 63). Pero dado que el derecho está transido por la historia y por los diagramas de poder, es evidente que en clave nominalista y relacional el derecho no podrá sostener una pretensión de «pureza», sino que la crítica develará su función en un dispositivo, articulado con una red de saberes, de espacios y de prácticas constitutivamente heterogéneas, pero en las que adquiere su sentido, es cognoscible y produce sus efectos de poder. En síntesis, constituye una forma de articulación entre prácticas jurídicas y dispositivos que permite ese efecto cierre de lo jurídico, al mismo tiempo que lo mantiene relacionado con el complejo diagrama histórico social del poder. Por esta vía, y desplazando el foco a la relación poder-saber-derecho históricamente considerada, la traza de Foucault *pasa del momento arqueológico al genealógico*. La genealogía impugna las narraciones de origen, renuncia a explicaciones racionales unitarias. Se pueden conocer prácticas despojadas de su pretensión de verdad originaria. Por consiguiente, se renuncia al conocimiento en sentido tradicional y por lo tanto a la tradición interpretativa hermenéutica.

Como lo explica Foucault en la primera conferencia de *La Verdad y las Formas Jurídicas*, existen dos historias de la verdad: una interna que se corrige partiendo de sus propios principios de regulación (his-

nivel que constituye un «derecho sobre el derecho», a la manera en que Hans Kelsen propuso como fundamento de validez del orden jurídico a una norma fundamental, hipótesis científica, supuesto de conocimiento y finalmente como «ficción», desde la filosofía del «como si» de Vaihinger y también en la misma forma en que Herbert Hart propuso una «regla de reconocimiento» en un sentido similar. Ver Ewald, 2000, pp. 60-61. Y sobre la norma fundamental como ficción en el último Kelsen y la teoría del «como si». Ver Marí, Kelsen, Kozicki, Legendre, Ziperman, 1994.

toria de la ciencia), y otra externa que debe partir de las prácticas y la puesta en juego de formas de subjetividad, dominios de objeto y tipos de saber. Foucault abreva entonces en la distinción nietzscheana entre los discursos del origen y la continuidad (*ursprung*) y de la invención como fabricación o ruptura, lo que no estaba dado (*erfindung*). Por oposición a la solemnidad metafísica del origen, Nietzsche nos muestra como la invención (de la religión, de la moral, del derecho...) son indisolubles de la lucha, la estrategia y en definitiva, del poder.

A la solemnidad del origen es necesario oponer [...] la pequeñez meticulosa e inconfesable de esas fabricaciones e invenciones [...] el conocimiento es simplemente el resultado del juego, el enfrentamiento, la lucha y el compromiso entre los instintos. (Foucault, 1996: 22)

La filosofía occidental siempre fue «logocéntrica», fundada en la unidad, semejanza, adecuación. Las filosofías del derecho de cuño positivista o iusnaturalista racional o teológico, comparten ese idealismo. Nietzsche coloca, en cambio, en la raíz misma del conocimiento a la relación de poder. Para Foucault es necesario acercarse entonces al conocimiento jurídico, o mejor, a la práctica jurídica, no como filósofos, sino como políticos, solamente en las relaciones de poder comprendemos en qué consiste dicha práctica. Se hace evidente entonces que el poder es voluntad de verdad, por eso debe silenciar, controlar y/o normalizar discursos que expresan posibilidades divergentes, desacuerdos respecto a la verdad sancionada. ¿Relativismo epistemológico? no en un sentido absoluto, porque sería caer en un nuevo racionalismo con pretensiones de verdad universalista autocontradictoria, donde la premisa sería que todo es relativo. Se trata más vale, de un *perspectivismo* que nos hace pasar del conocimiento como «adecuación» a la verdad sancionada, al conocimiento como una «perspectiva» que se impone. Hay que partir del hecho de que

sólo hay conocimiento bajo la forma de ciertos actos que son diferentes entre sí y múltiples en esencia, [...] por los cuales el ser humano se apodera violentamente de ciertas cosas, reacciona a ciertas situaciones, les impone relaciones de fuerzas.

O sea, el conocimiento es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado. (1996: 30)

Por eso, el conocimiento en tanto efecto de esta situación será siempre perspectivo, oblicuo, parcial. Es polémico, estratégico, lo más generalizante y al mismo tiempo lo más individualizante. Por eso, el conocimiento esquematiza, generaliza, iguala las diferencias sin ningún fundamento de verdad. En ese sentido, es siempre hasta cierto punto, (des)conocimiento.

El camino de un perspectivismo supone reconocer la historicidad de los regímenes de verdad y de los dispositivos de saber-poder, en tanto que perspectivas posibles entre otras. Supone también saber que en sus condiciones de posibilidad, su desarrollo y sus efectos, no todas las perspectivas nos dan lo mismo. *El perspectivismo es una forma refinada de relativismo, del hecho de existir múltiples perspectivas no se sigue que todas valgan lo mismo, por el contrario, el análisis genealógico nos permite desentrañar los intereses por detrás de los regímenes de producción de la verdad.* Nos permite también buscar las formas en que el discurso que aparece como verdadero puede ser rastreado en prácticas específicas en las cuales este se enfrente con discursos divergentes o alternativos e intente suprimir su voz.

Podríamos decir entonces que, la vida del derecho se da entre un extremo o movimiento de *normalización*, y otro, que es su antípoda: el trabajo desestabilizador de la *interpretación genealógica*. Por el primer movimiento el derecho se incorpora y acopla según una *lógica de la estrategia* con formas diversas de normalización; por el segundo, se muestra su carácter histórico, relativo y que responde a una cierta perspectiva que entraña una voluntad de saber-poder que se impone y por consiguiente, un régimen de producción de la verdad jurídica.

Entre estos dos extremos no se produce una lógica dialéctica, sino una que establece, sin síntesis final, una economía de conexiones, de intercambios variables entre elementos heterogéneos. Se trata, para Foucault, de una *lógica de la estrategia*, distinta a la dialéctica, que tiene la función de establecer cuáles son las conexiones posibles entre elementos diferentes y que permanecen como tales. Es la lógica de la conexión de lo heterogéneo, y no aquella de la homogeneización de lo contradictorio (2005: 49-50). Por lo tanto hay, por supuesto, una serie de tránsitos, articulaciones, incesantes entre ambas. Por otra parte

también debemos señalar, sin embargo, que el derecho, pese a su pretensión de estabilidad o de cambio normado, no puede escapar al trabajo de *la interpretación genealógica*, entendida desde el aparato conceptual foucaultiano, como una actividad que desplaza y descentra constantemente la práctica jurídica, que desentraña las luchas y los intereses, que muestra las voces silenciadas.¹⁹

Las interpretaciones eficaces del derecho, aquellas que derivan del a priori histórico, la regla de juicio que supone la invención de una cierta perspectiva sobre el derecho, que aparece como hegemónica o con pretensiones de ser la única —como lo fueron en su momento, el iusnaturalismo racional o el positivismo jurídico acrítico—, son tales porque van mucho más allá de trasladar a un código inteligible una serie de textos jurídicos abiertos por su vaguedad y su ambigüedad. Marcan una perspectiva que parece en un momento histórico subsumir toda la experiencia jurídica, porque se han incorporado al contexto de recepción de esos textos, a la práctica de los juristas y las profesiones afines, a la mirada que estos tienen de la sociedad y de su tarea. E incluso, se han incorporado al conjunto de representaciones simbólicas e imaginarias que la cultura tiene sobre el derecho o «la instancia jurídica» de la sociedad, o sobre qué significa «tener derechos».

Sin embargo, una interpretación genealógica nos muestra que los textos jurídicos, deben ser encuadrados en una cierta perspectiva histórica donde se hacen inteligibles sus dimensiones estructurales inseparables de su ética y de su política. Los discursos y prácticas jurídicas más allá de su pretensión de fijeza y sus inercias institucionales, en tanto son productos culturales y de una perspectiva cultural, están siempre grávidos de una politicidad por la que la interpretación termina siempre afectando a la concepción que de sí misma tiene la sociedad. En ese sentido, el perspectivismo genealógico muestra que no hay interpretaciones jurídicas objetivas ni inocentes. Existiría, por lo tanto, algo así como una «culpabilidad original», en tanto la interpretación de forma expresa o no, siempre tiene como fin la conserva-

¹⁹ Al respecto, además de *La verdad y las formas jurídicas*, son textos fundamentales de Foucault la conferencia sobre Nietzsche, Freud y Marx donde aborda a los fundadores de la sospecha moderna como guía interpretativa de los textos culturales, y por supuesto el ensayo sobre «Nietzsche, la genealogía, la historia». Ver Foucault, 2004.

ción, trasgresión o derogación de una norma establecida. Y en ese sentido, puede decirse también que siempre tiene una política.

La interpretación para Foucault, resulta totalmente transformada en la modernidad por la intervención de los maestros de la sospecha Marx, Nietzsche y Freud, ellos trastocan todo acto interpretativo de productos culturales, al cambiar profundamente nuestra mirada sobre la naturaleza de los signos, su estrategia y la imagen misma del sujeto intérprete. Este análisis general de la interpretación cultural, es perfectamente aplicable al discurso y prácticas que conforman el derecho, en tanto, este es también un producto cultural (Herrera Flores, 2005).

Pero para Foucault, esta actividad, está lejos de la tradición hermenéutica que tanta influencia tiene en el plano de la teoría jurídica. En efecto, no se trata, puestos a aplicar la interpretación genealógica de Foucault al campo del derecho, de develar o descifrar los textos jurídicos para restaurar un sentido «recto», adecuado a las circunstancias del caso, o de la realidad a normar, mucho menos una verdad jurídica oculta, velada o disimulada. Quedarse sólo en esto, desplaza la culpabilidad del signo jurídico, que es ya-siempre una interpretación, por lo tanto oculta su política. Política, claro, del derecho, pero no por eso menos política.

Si tuviéramos que sintetizar lo que aporta esta perspectiva a la crítica jurídica en el campo de la interpretación del derecho, diríamos que:

1. *El derecho ya siempre es interpretación. El signo jurídico no es inocente.* No existe la prelación que nos plantean el iusnaturalismo o el positivismo acrítico de una norma jurídica prístina con un sentido originario, y luego la tarea de interpretación para eliminar la oscuridad o sobrecodificación. No existe diferencia sustancial entre creación, fundamentación y aplicación del derecho ya que las tres son momentos de interpretación. Las prácticas jurídicas, en tanto tales, son interpretaciones de interpretaciones, re-examen de producciones de sentido. No existe, como lo pinta el fetichismo jurídico, la norma u el orden normativo en su realidad y objetividad y luego su interpretación. Las normas y el orden jurídico son ya siempre un cierto régimen de enlace histórico entre significantes-significados. Si se puede predicar una forma de objetividad, es a través de las prácticas jurídicas que, sin embargo, en su materialidad, son inextricables de un cierto régimen de veredicción.

2. *La interpretación genealógica no busca intervenir sobre el discurso jurídico para reconstruir su sentido originario, sino al revés,*



para producirlo como opaco, para mostrar que es una perspectiva entre otras posibles, latentes y silenciadas y de esta forma abrir su dimensión histórica. Se trata de desnaturalizar el sentido común sobre la relación entre verdad y derecho, y las correspondientes construcciones de sujetos jurídicos (creadores, usuarios y objetos del derecho) que son sus portadores.

Es decir, la interpretación genealógica perspectivista de Foucault nos lleva más que a una hermenéutica jurídica, a una semiología jurídica. Y es pertinente para fundar prácticas alternativas de derecho, porque muestra las opciones de política jurídica que están silenciadas, sujetas pero latentes por el régimen de producción de verdad jurídica dominante y operativa en un momento histórico. Se trata de una intervención en las cadenas simbólicas que somete a crítica, mostrando el carácter histórico y relativo-perspectivo, y por eso mismo *pone en crisis la relación de los sujetos productores, usuarios y destinatarios del derecho con la propia autonarración del orden jurídico*.

Normalización y derecho

Esta puesta en juego del derecho dentro de una estrategia de gobierno y unos dispositivos de poder que lo atraviesan y lo trascienden, exige comprender su interjuego con otras estrategias de normalización. En su clase del 25 de enero de 1978, correspondiente a su curso en el *Collège de France*, que ha sido publicado con el título de *Seguridad, Territorio y Población*, y siguiendo una línea de análisis que había comenzado años antes, Foucault distingue entre normatividad (inherente a la ley) y normalización (procedimientos, técnicas de normalización). Mientras que la legalidad lo que hace es codificar una norma, en cambio, lo que Foucault busca resaltar es que, «a partir y por debajo, en los márgenes e incluso a contrapelo de un sistema de ley, se desarrollan técnicas de normalización» (2006: 75).

El derecho se integra entonces junto con otras técnicas de normalización, y lo que vienen a añadir estas lecciones de Foucault —a lo que ya había desarrollado en *Vigilar y Castigar* (1991), a propósito de los dispositivos disciplinarios y el derecho—, son las formas específicas de normalización que hacen a los dispositivos de seguridad,



propios de la biopolítica y gubernamentalidad modernas.²⁰ Estos dispositivos de seguridad, se caracterizan por: 1. más que individualizar toman a los fenómenos y sujetos como perteneciendo al conjunto de la población en su medio físico-natural, homogeneizada por variables que hacen a su salud, productividad, riqueza, etc. susceptibles de tratamiento estadístico y por lo tanto de racionalización en la consideración del azar y de las probabilidades. 2. Aparece la noción de caso (distribución de los casos en una población circunscripta en tiempo y espacio). No el caso individual sino una manera de individualizar el fenómeno colectivo de la enfermedad o de colectivizar los fenómenos individuales en lo que tienen de común, para integrarlos en un campo colectivo mensurable. 3. Aparece la noción de riesgo o peligro. Para cada individuo o grupo, según dónde viva. Lo mismo para cada categoría social, etaria, profesional se va a poder determinar probabilidades de morbilidad, mortalidad, seguridad física y propietaria. 4. Aparece la noción de crisis, entendida como fenómenos de escalada más allá de lo que se considera dentro de los parámetros de normalidad, por ejemplo crisis económicas, altas tasas de criminalidad o epidemias.

Las técnicas de seguridad consistirán en tratar de reducir las normalidades (fenómenos repetidos observables a nivel de población) más desfavorables. Por lo tanto, a diferencia de las disciplinas, donde como vimos, existe una norma y a partir de ella el señalamiento de lo normal y lo anormal, en las técnicas de seguridad la norma sería un juego, un promedio estadístico entre normalidades diferenciales y la operación

²⁰ La disciplina normaliza a través de una serie de operaciones: 1. analiza y descompone los individuos, lugares, tiempos, gestos, actos para modificarlos; 2. clasifica en función de los objetivos; 3. establece las secuencias o coordinaciones óptimas en función de dichos objetivos; 4. fija los procedimientos de adiestramiento progresivo y control permanente; 5. distingue quiénes serán capaces o incapaces, normales o anormales. La normalización disciplinaria consiste en plantear ante todo un modelo óptimo que se construye en función de determinado resultado, y la operación de normalización disciplinaria pasa por intentar que la gente, los gestos y los actos se ajusten a este modelo; lo normal es, precisamente lo que es capaz de adecuarse a esa norma, y lo anormal, lo que es incapaz de hacerlo. La norma entonces, desde su carácter primariamente prescriptivo y sobre la base de estas operaciones, establece una partición entre lo normal y lo anormal. Se trata, dice Foucault, de una normación *más que de una normalización* (2006: 76).

de normalización, por lo tanto, consistiría en hacer interactuar esas diferentes distribuciones de normalidad para encauzarlas en parámetros mensurables normales (2006: 76). Los problemas que son objeto de las técnicas de seguridad (escasez, sanidad, criminalidad) si bien no son exclusivos de la ciudad, se hacen visibles y se problematizan en y desde el ámbito urbano, a partir del siglo XVIII. Plantean entonces problemas de gobierno que se hacen notorios en el ámbito de la ciudad moderna y que tienen, como ya hemos visto, por objeto y superficie a la población en relación con su medio físico-natural.

¿Cuál es el régimen de articulación de estas técnicas de normalización con el juego jurídico del poder soberano? Esta cuestión, de respuesta sin duda compleja, es clave para entender el derecho contemporáneo desde la perspectiva crítica, que, tomando los aportes foucaultianos, venimos esbozando. El propio Foucault señala en *La voluntad de saber*, como con el desarrollo del biopoder que, toma como objeto a la vida de las poblaciones, una de las consecuencias que se produce es «la creciente importancia adquirida por el juego de la norma a expensas del sistema jurídico de la ley» (1998: 174). Y ello porque un poder que tiene como tarea tomar a su cargo la vida necesita mecanismos continuos, reguladores y correctivos.

Ya no se trata de hacer jugar la muerte en el campo de la soberanía, sino de distribuir lo viviente en un dominio de valor y de utilidad. Un poder semejante debe calificar, medir, apreciar y jerarquizar, más que manifestarse en su brillo asesino; no tiene que trazar la línea que separa a los súbditos obedientes de los enemigos del soberano; realiza distribuciones en torno a la norma. (1998: 175)

Sin embargo, no se trata de una declinación de lo jurídico, sino que el biopoder, y las técnicas de seguridad que le son inherentes, se desarrolla al mismo tiempo que se produce una proliferación de juridicidad: toda una actividad jurídica que se multiplica, en constituciones, tratados, códigos, leyes, reglamentos. De ahí que la biopolítica y los dispositivos de seguridad se articulan según lógicas históricas y estratégicas con un derecho que así, lejos de declinar definitivamente, se modifica en la racionalidad de sus prácticas.

No quiero decir que la ley se borre ni que las instituciones de justicia tiendan a desaparecer; sino que la ley funciona siempre más como una norma, y que la institución judicial se integra cada vez más en un continuum de aparatos (médicos, administrativos, etc.) cuyas funciones son sobre todo reguladoras. Una sociedad normalizadora fue el efecto histórico de una tecnología de poder centrada en la vida. (1998: 175)

La sociedad moderna es entonces una sociedad de normalización. Sus pretensiones de universalidad, racionalidad, sus efectos de homogeneización y rutinización, suponen como condición de posibilidad las distintas instancias de normalización: jurídica, disciplinaria y securitaria. Habrá que entender entonces que:

1. en el derecho moderno, la práctica jurídica es una de las formas de normatividad social, y no, probablemente, la más minuciosa o capilar en la gestión de la vida de individuos y poblaciones.

2. En el derecho moderno, en las prácticas jurídicas en general y en sus distintas ramas y aspectos, se articulan y vehiculizan estrategias de gobierno, de gestión y normalización de la vida que al mismo tiempo sobrepasan lo puramente jurídico. En verdad, un análisis atento, nos lleva a la conclusión de que las estrategias jurídicas son cada vez menos inmunes a la actuación de formas normalizadoras, de modo que la instancia jurídica pasa a cumplir el papel cada vez más frecuente de portadora de los dispositivos de seguridad, siendo uno de los medios privilegiados para hacer funcionar y dar efectividad a esos mecanismos (Fonseca, 2006: 154).

Es posible entonces en los entresijos, a través y por debajo del gran discurso jurídico que fija en las constituciones y declaraciones las solemnidades del origen y los grandes fines sociales que se centran en el sujeto de la dignidad: el ser humano y sus distintas figuras, descubrir el derecho y las prácticas jurídicas de las estrategias de disciplina y seguridad: en la regulación de la responsabilidad jurídica objetiva y subjetiva, en los regímenes de seguros y tarificación del riesgo profesional y los accidentes del trabajo, en las pautas que rigen la relación de consumo y de uso de las prestaciones de servicios públicos, en los reglamentos carcelarios o de producción, en las minuciosas normas administrativas que rigen el funcionamiento cotidiano de la burocracia, en los rituales procesales que facilitan o dificultan el

Cuadro 1. Dispositivos de poder (disciplina, seguridad, jurídico-soberano) en Michel Foucault. Construcción propia sobre la base de *Seguridad, territorio y población*

Dispositivos	Espacio	Acontecimiento
Jurídico soberanos	Territorio: continuo delimitado entre fronteras. A ser controlado, asegurado y ampliado. Ámbito de validez espacial del derecho.	Subsumido en un código binario de lo permitido/prohibido, califica lo legal/ilegal.
Disciplinarios	Cuerpo de los individuos: organizados, serializados, dispuestos en un régimen de visibilidad, fijados, temporalizados, instrumentalizados para un fin. Centrípeta: concentra, cierra, encierra. Construye un espacio artificial.	El acontecimiento se diluye en la rutina que es total y minuciosamente prescrita.
De Seguridad	Medio: soporte y elemento de circulación de la acción que explica la acción a distancia de un cuerpo sobre otro. Conjunto de efectos masivos que afectan a quienes habitan en él. Circulación de flujos: desplazamientos, intercambios, contactos, formas de distribución y de dispersión. Centrífugos. Desarrollo de circuitos de fenómenos cada vez más grandes. Integración de nuevas categorías de fenómenos. Medio histórico natural blanco de la intervención del poder, distinto del territorio estatal, y del espacio disciplinario. Articulan medio geográfico, climático y físico con la naturalidad biológica de la especie humana.	Fenómenos o procesos naturales, ordinarios, previsibles, cuantificables.



Normalización	Multiplicidad
<p>Determina y especifica lo que está prohibido o debe evitarse. Lo indeterminado es lo que está permitido. Imputación de consecuencias jurídicas a las conductas según caigan a un lado u otro del código. Imaginario de lo negativo (desorden) que debe ser evitado para generar el orden.</p>	<p>Conjunto de súbditos o ciudadanos (pueblo) definidos a partir de obligaciones y derechos. Ámbito de validez personal del derecho.</p>
<p>Reglamentación minuciosa de todos los actos, espacios, secuencias y fragmentos temporales, etc. Prescribe lo que debe hacerse minuciosamente: lo indeterminado está prohibido. Analiza, descompone, modifica, fija las correlaciones y secuencias óptimas, clasifica en normales/ anormales en función de objetivos. Trabaja en lo complementario correctivo de la realidad. Normación: norma establecida discrimina lo normal/ anormal.</p>	<p>Multiplicidad especificada por un fin (docilidad, utilidad, productividad, rentabilidad) a obtener a partir de ella y que explica la organización de los cuerpos que la componen: disciplina militar, penal, escolar, fabril, etc. Sujeto o individuo es el resultado o efecto. Sujeción-individuación.</p>
<p>Permisividad de los procesos y sus ciclos. "Dejar hacer". Regula los procesos en su realidad dejando jugar sus propias tendencias: "naturalismo". Hace interactuar procesos de la realidad. Acondicionan un medio en función de series de acontecimientos o elementos posibles, temporales o aleatorios que hay que regularizar. Se apoya en "datos" cuantificables en cantidades reducibles pero nunca eliminables. Disocia el acontecimiento que debe ser normalizado en el plano pertinente de la población y desconectado de sus efectos grupales e individuales. Funcionan, en un cierto sentido por medio de la "libertad" entendida como tecnología de poder, más que como "ideología". Circunscribe las fluctuaciones dentro de parámetros o límites "normales". Distribución de los "casos" dentro de un conjunto de población. Calculabilidad de los "riesgos", "peligros" según categorías de población. Prevenir las "crisis". Los procesos son "encauzados", "normalizados". Lo "normal" es un promedio estadístico en conjuntos de fenómenos demográficos, económicos, sanitarios, delictivos.</p>	<p>Población (objeto del biopoder). Multiplicidad de individuos articulados por sus rasgos biológicos fundamentales que les hace constituir una "especie humana": natalidad, mortalidad, morbilidad, criminalidad, productividad, consumo, migraciones, etc., que están y sólo existen profunda, esencial, biológicamente ligados a la materialidad del medio en el cual existen. Conforman un conjunto de procesos que es menester manejar en sus aspectos naturales y a partir de ellos. Dependiente de toda una serie de variables que le impiden ser accesible a la imposición directa de la voluntad del soberano, con el que la relación no puede ser de obediencia o desobediencia. Las variables de las que depende la hacen escapar de la acción voluntarista directa del soberano. Es una naturalidad influible por otro tipo de "políticas", "educación" y "campañas" que encauzan indirectamente los efectos agregados de sus conductas manipulando y negociando desde sus propios intereses y deseos.</p>



acceso a la justicia o el conocimiento del derecho de forma socialmente selectiva, en el control de los espacios públicos urbanos, en la gestión del riesgo y del daño ambiental. Prácticas y formas de derecho donde aparecen los individuos y poblaciones administradas mucho más que los sujetos individuales y colectivos de derechos.

¿Nostalgia de una transparencia jurídica perdida? No, ello sería contrario al propio método genealógico desde el que estamos tratando de reflexionar en forma crítica sobre las prácticas jurídicas. Como dijimos y abundaremos en las conclusiones, muy por el contrario, se trata de constatar el terreno fértil para la interpretación crítica genealógica y las posibilidades de otro uso del derecho. Pero primero debemos seguir con paciencia el método genealógico de Foucault para comprender las articulaciones y tensiones históricas que distintas estrategias de gubernamentalidad liberal y neoliberal han planteado entre estado, derecho y dispositivos de seguridad en la gestión de la vida de las poblaciones y en el control social de sus cuerpos.

Genealogía de la gubernamentalidad y derecho

Foucault sitúa el surgimiento del estado dentro de la historia más general de la gubernamentalidad, el campo de las prácticas de poder (2006: 291). Es importante destacar aquí una vez más, que los términos gobierno, república, estado y policía forman, en los siglos XVI y XVII una red conceptual que busca dar cuenta de la emergencia de la gubernamentalidad moderna como conjunto de prácticas, de saberes y de técnicas de poder que ya no pueden subsumirse en la idea medieval de soberanía, ni en la teoría imperial, ni en la pastoral cristiana. *La índole de la gubernamentalidad está dada por la reflexión sobre aquello que se considera bueno que el estado haga y aquello que no, así como lo que se considera inmanente a la práctica de gobierno o externo a la misma.* Combinando ambos temas, lo propio o impropio del gobierno que hace a sus (i)limitaciones, y lo exterior o interior, aparece en la reflexión de Foucault una nueva relación entre el poder y derecho que complejiza su noción inicial, las funciones del derecho. Hasta sus cursos «Seguridad, Territorio y Población», y «Nacimiento de la biopolítica», Foucault ha considerado el derecho, en el dispositivo de soberanía, como una forma bastante antigua y rudimentaria de ejercicio del poder por sustracción:

de la vida, del tiempo, del espacio, de la riqueza por parte del poder soberano. De forma sintética, para pintar una posible perspectiva histórica del derecho y los derechos aplicando el enfoque foucaultiano, entiendo es pertinente relacionar: 1. la genealogía de la gubernamentalidad moderna. 2. La dimensión tensa que vincula el diagrama de poder con las formas de derecho como una dimensión de exorbitancia mutua, no exenta de ambigüedades, conexiones, y transiciones que hay que entender –como dice el propio Foucault–, no a partir de una lógica de síntesis dialéctica (contradicción, mantenimiento, superación sintética), sino desde una lógica de la estrategia, esto es, una lógica contingente de articulación de lo heterogéneo, que es por lo tanto histórica y situada. 3. Dentro de las posibles racionalidades de la *iuris dictio*, aparece sin embargo, una regla de juicio funcional, productora de un derecho que encaja en la racionalidad y exigencia del dispositivo de poder, casi como una política del derecho adecuada a la gubernamentalidad. Esto, de nuevo, no como un producto de una ley de desarrollo histórico que determina desde la gubernamentalidad el tipo de juridicidad adecuado, sino como producto que se puede analizar sólo históricamente, sólo *ex post*.

Gubernamentalidad liberal y las dos vías del derecho moderno

Con el surgimiento del iusnaturalismo racional a partir del siglo XVIII, el Derecho Político moderno pasará a ser un principio de limitación de la razón de estado que viene de fuera de la práctica de gobierno. La teoría del contrato o pacto social cumplirá esta función. A partir de entonces, razón de estado y Derecho Político serán mutuamente exorbitantes.²¹ Con el surgimiento del arte de gobierno propio

²¹ Lejos del panorama armónico que nos pintan la teoría política contractualista y el constitucionalismo, si es cierto que el espacio jurídico público moderno es consustancial con la formación de la potencia del estado, sin embargo, el sentido y la dirección de ese orden normativo han sido y son objeto de disputa constante. Ello porque al reconocerse el carácter artificial de la institución del Estado, el humanismo jurídico de un derecho puesto, el fundamento en última instancia igualitario del mismo, la



del liberalismo, o gubernamentalidad liberal, el marco histórico que explica esta tensión inmanente al Derecho Político sufrirá una mutación profunda. En efecto, la gubernamentalidad liberal se basará, dice Foucault, en un esquema de tres aspectos relacionados: a. la *autolimitación* de la potencia pública en función del mercado y la sociedad civil, entendidos como ámbitos de racionalidad social que se obtiene de la persecución egoísta o utilitaria de sus propios fines por parte de los individuos; b. por lo tanto *el mercado se erige en lugar de verdad* sobre la eficacia del gobierno, los precios libremente fluctuantes a través del juego de la oferta y la demanda, serán sus señales; c. *el cálculo de utilidad se extiende a todo el mundo*. Los estados europeos tienen como escenario de su libre comercio y competencia económica un mercado de alcance mundial. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que los primeros economistas clásicos eran también juristas y filósofos (Beccaria, Smith, Bentham), por lo que no omitían la cuestión de la regulación jurídica, la que debía ser limitada o expandida, según los casos, para asegurar las condiciones del intercambio, de la propiedad y de la seguridad jurídica para los contratos privados.

La autolimitación de la razón de gobierno puesta a punto en el siglo XVIII, el sistema de gobierno frugal o de la razón de estado mínimo no es, entonces, de naturaleza extrajurídica. Se trata, por el contrario, de un problema de política del derecho: ¿en qué modo se puede formular esta autolimitación en términos de derecho? La respuesta vendrá dada en la forma de un desplazamiento del foco de atención del Derecho Político, o más ampliamente del derecho público. Este foco no será más la estabilización de un núcleo de poder político legítimo encarnado en el estado soberano, sino que ahora se tratará de cómo fijar límites jurídicos al ejercicio de la potencia pública (2005: 40-46).

Existen entonces, sostiene Michel Foucault, *dos estrategias o dos vías jurídicas concurrentes para obtener ese objetivo de la razón de*

importancia del consentimiento, se abre la puerta a una disputa alrededor de estos principios que marca una contingencia inevitable de las relaciones entre poder y derecho. El Derecho Político, y el derecho público en general, constituirán por lo tanto un derecho de oposición, una razón jurídica que busca limitar, vincular a la razón de estado. En Foucault, 2005, pp. 18-19.

gobierno liberal; es decir, gobernar limitando la potencia pública. Primera vía: la que podemos denominar externa al gobierno, asociada al derecho natural racional, con sus conceptos de estado de naturaleza, contrato social y derechos naturales previos y vinculantes para la legitimidad de la sociedad política a constituir. A esta vía Foucault la llamará en su curso «Nacimiento de la biopolítica», *vía axiomática-deductiva*, seguida hasta cierto punto de forma ejemplar por la Revolución Francesa. Consiste en partir de la definición de cuáles son los derechos naturales u originarios de los individuos, para determinar en consecuencia cuáles son los deberes de los gobernantes y de los gobernados. Cuáles las condiciones de legitimidad y de gobierno consentidas como parte de esos derechos innatos de los individuos. Para ello es necesario —y la solución variará según los distintos doctrinarios—, establecer cuáles derechos pueden y deben cederse y cuáles no. Solamente luego de este experimento mental, se puede *deducir*, (Foucault se encarga de resaltar el carácter abstracto de la operación, «pero deducir *solamente*»), los confines de la competencia de gobierno. En síntesis, «Este modo de proceder consiste en partir de los derechos del hombre para llegar a establecer los límites de la gubernamentalidad, pasando a través de la constitución del soberano» (2005: 42). Se trata de la vía revolucionaria que articula a los revolucionarios y legisladores franceses con Rousseau y los juristas del siglo XVI y XVII.²² La segunda vía: es aquella que se basa en la *utilidad*. La limitación de la práctica de gobierno en cuanto tal viene dada en función del cálculo de su utilidad. El radicalismo inglés o utilitarismo propondrá usar la propia práctica de gobierno y su racionalidad de autolimitación en función de la naturaleza o índole de los procesos gobernados como criterio para determinar la esfera de gobierno. Se trata entonces de la naturalización de los procesos sociales e históricos propios del capi-

²² Al decir de Maurizio Fioravanti, la secuencia del razonamiento deductivo parte de la existencia de individuos dotados de derechos naturales y razón de forma innata, los reúne en un cuerpo colectivo (pueblo o nación) dotado de soberanía, utilizando la metáfora o ficción del pacto de asociación, le confiere a ese colectivo el poder constituyente que establece las instituciones de la sociedad política, que debe surgir entonces del consenso y garantizar entonces derechos declarados y jurídicamente reconocidos, es decir, positivos (Fioravanti, 1996: 35).



talismo concurrencial, que establecen qué se puede y no se puede hacer en la acción de gobierno. Esta reflexión de la práctica de gobierno sobre sí misma en términos de utilidad de su esfera de acción, más que una teoría económica, una ideología o una filosofía política, constituye para Foucault una tecnología de gobierno (2005: 47-48).

A estas dos vías corresponden entonces, dos concepciones del derecho. De un lado, en la vía axiomática-revolucionaria, el derecho será concebido como voluntad (voluntad general del cuerpo político soberano, dirá Rousseau, o soberanía nacional expresada como voluntad soberana a través de la ley, dirá Sièyes): por lo tanto, sistema del *derecho-voluntad* o *de la voluntad-ley*. La ley es concebida como máxima expresión de una voluntad colectiva que manifiesta la parte de derechos que los individuos han consentido en ceder y la parte que quieren conservar. *Al transformarse en un marco histórico, en un discurso públicamente disponible, el lenguaje de los derechos será renunciado por nuevos sujetos y en la forma de nuevos derechos que concretan los contenidos y subjetividades abstractas perfiladas en las normas, desde nuevos bienes, nuevas necesidades y situaciones.* En cambio, en la vía utilitarista radical, el derecho será concebido como el efecto de una *transacción* que se basa en la separación, de un lado, la esfera de intervención de la potencia pública, y, del otro, la esfera de la independencia de los individuos (2005: 49).

También surgen dos formas diversas de subjetividad: la axiomática deductiva construye sujetos titulares de derechos jurídicamente exigibles, que tienen como fundamento el vínculo social que establece una partición entre lo propio indelegable y lo delegado para formar la sociedad civil y el estado. En cambio, la vía utilitaria construye sujetos de intereses que colaboran con la mecánica social persiguiendo su propio deseo e interés. Se trata, más que de derechos jurificados, del marco jurídico institucional que permite la persecución libre del auto-interés de los gobernados, de cuya actividad surge la física social que el nuevo arte de gobierno debe gestionar. La potencia pública es autolimitada en función del principio de utilidad: intercambio y veredición espontánea de los procesos económicos del lado del mercado, medida de utilidad y jurisdicción interna para los actos de la potencia pública.

La categoría que permite pensar el conjunto de esta racionalidad de gobierno, es decir, el intercambio y la utilidad de la intervención públi-

ca será el *interés*. Pero ya no se trata del interés auto referencial de la razón de estado, sino de un interés constituido por un conjunto, un juego complejo que resulta de la composición de los intereses individuales y de aquellos colectivos, entre utilidad social y ganancia económica, entre equilibrio del mercado y régimen de la potencia pública.

Esta nueva razón de gobierno, se basa en la *manipulación de los intereses*. Los intereses serían aquello por lo que tal riqueza o tal proceso interesan (en términos de utilidad) a los individuos o a la colectividad. «En su nuevo régimen el gobierno no debe ejercitarse más sobre los súbditos o sobre cosas dominadas a través de los súbditos. El gobierno se ejercerá ahora sobre aquello que podemos llamar la república fenoménica de los intereses» (2005: 53). La cuestión característica de la gubernamentalidad liberal es, entonces, cómo gobernar con la máxima seguridad el mercado y los procesos vitales de la población limitando al mínimo posible la acción directa del estado (Vázquez García, 2005: 80). Las técnicas de la gubernamentalidad liberal, insisten en coordinar indirectamente la autonomía de los gobernados.²³ De ahí que, visto no como una filosofía o ideología política, sino como un diagrama de poder, el arte liberal de gobernar, no corresponde a ningún imperativo moral, sino a la gestión y organización de las condiciones bajo las cuales se puede ser libre. Por lo tanto, se instaura en el corazón mismo de esta práctica liberal, una relación problemática, distinta cada vez, continuamente móvil, entre la producción de libertad y todo aquello que, produciéndola, crea el riesgo de limitarla y destruirla (Foucault, 2005: 65-66). Por ejemplo, para sostener la libertad de mercado no basta la oferta, sino también hay que crear una demanda sostenida. La tendencia a la proletarianización y pauperización, a la concentración y centralización del capital, por decirlo en términos marxianos son contrarios a esa posibilidad. La generación de contra-tendencias que aseguren la libertad económica

²³ El liberalismo descarga la concepción del orden como una grilla visible, propia del poder de policía. Afirma, en cambio, la necesidad de opacos y densos procesos autónomos de población. Al mismo tiempo, muestra una preocupación con la vulnerabilidad de estos mismos procesos, la necesidad de enmarcarlos en mecanismos de seguridad. Cf. Dean, 1994, p. 191.

de mercado, por ejemplo, al procurar ciertos niveles salariales básicos o mínimos, al permitir la organización y negociación colectiva de la clase trabajadora y dar una cierta estabilidad en el empleo, recortan la libertad de contratar que es uno de los presupuestos de la libertad de mercado. Lo mismo ejemplifica Foucault respecto a las tendencias monopolísticas y oligopólicas y la legislación antitrust.

Se crean así las condiciones para producir una masa de legislación formidable, una intervención jurídico-política masiva que opera en el seno de *dispositivos liberógenos*: creadores y aseguradores de libertad necesaria para gobernar. El costo de producción de la libertad es la *seguridad*, consiste fundamentalmente en el cálculo constante de un equilibrio dinámico e inestable entre intereses generales (definidos por la razón de gobierno) e individuales para que puedan coexistir, y a la que es consustancial la noción de *peligro*. Los individuos están condicionados permanentemente a experimentar su situación, su vida, su presente, su futuro como portadores de peligro. En el siglo XIX aparece toda una cultura del peligro: la construcción social de la criminalidad, su tratamiento periodístico y literario, junto a las distintas teorías que justifican el castigo y la capilarización y extensión de la red de instituciones disciplinarias, especialmente la prisión. El problema del ahorro y de la previsión de las clases populares frente a los riesgos de la vida. Las campañas relacionadas con la enfermedad, la higiene y la sanidad social, el control rígido de la sexualidad y el miedo a la degeneración del individuo, de la familia, de la raza, de la especie humana la noción de clases peligrosas por su actividad donde delincuencia y activismo social forman un continuo. «Vemos en todas partes esa estimulación del temor al peligro que en cierto modo es la condición, el correlato psicológico y cultural interno del liberalismo» (2005: 69).

La gubernamentalidad neoliberal como diagrama de poder de las sociedades contemporáneas

En el seno mismo de las sociedades europeas occidentales, y al calor de las necesidades de la reconstrucción del estado posterior a la guerra, fue que el neoliberalismo iba a surgir. Primero en la forma de un conjunto de teorías sostenidas por intelectuales con escasa capaci-

dad de incidir en la marcha de la gubernamentalidad social y los esquemas económicos prioritariamente keynesianos. Sólo después de las convulsiones sociales y la reconfiguración del diagrama de fuerzas que se produce entre fines de los sesenta y mediados de los años setenta, la gubernamentalidad (neo)liberal se totaliza para conformar las características de las sociedades contemporáneas, expandidas de forma general y a la vez capilar, por la denominada globalización neoliberal que es la actual y realmente existente.

El neoliberalismo tuvo desde el principio como cometido, atacar la crisis de la gubernamentalidad liberal, que se había transformado en algo diferente, cuya producción de verdad se desplazaba de forma creciente hacia la burocracia gestora e interventora del estado y la ambigüedad resultante de sus dispositivos liberógenos. Por eso no puede y no debe considerarse como una mera reiteración y relanzamiento de la gubernamentalidad liberal. Comprender el proceso de origen y difusión de la gubernamentalidad neoliberal es sumamente importante y aleccionador, sus supuestos son los que desde hace unas décadas se han ido generalizando y cambiaron la índole del mundo que habitamos. Conocer sus lógicas y tecnologías de poder supone desentrañar la arquitectura de la globalización que real y actualmente vivimos, que ha sido definida acertadamente como capitalista y neoliberal.

La gubernamentalidad neoliberal se genera a partir de dos vertientes fundamentales: el ordoliberalismo alemán, conocido también como «Escuela de Friburgo», y el neoliberalismo norteamericano, más referenciado como «Escuela de Chicago». Sus principios pueden sintetizarse en los siguientes postulados:

a. *Oposición a la invariante política económica del dirigismo estatal*, en sus diversas manifestaciones, y ello independientemente de que estas sean totalitarias, autoritarias o democráticas. Todas ellas conducen al «camino de servidumbre» de que hablaba Friedrich Hayek.²⁴

²⁴ El campo de adversidad para el neoliberalismo alemán estaba dado por todas las formas históricas de intervencionismo estatal en la economía, reducidas a una invariante político-económica. En concreto en la historia alemana se remontan al siglo XIX y el *zollverein*: unión aduanera proteccionista inspirada por Von List, que adoptaron los estados germánicos frente a la pretensión librecambista hegemónica de Inglaterra; la

b. *Una suerte de teología negativa del estado como mal absoluto.* Se tratará entonces no de autolimitar el gobierno en función del mercado, sino de formalizar el estado sobre el principio del mercado.

c. *Un liberalismo activo y afirmativo orientado a aproximarse lo más posible al horizonte utópico de «La Concurrencia»*, el neoliberalismo ve la naturaleza del mercado en la concurrencia, entendida, a la manera de la ontología de Husserl, como una esencia (*eydos*). Esto es, un principio de formalización que posee su propia lógica interna que debe ser respetada para que produzca efectos.²⁵ La concurrencia supone un juego formal entre desiguales, que debe ser producido y asegurado por el gobierno. Por lo tanto, como la concurrencia pura en tanto que eidética no será alcanzada nunca, funciona como concepto horizonte, contra fáctico al que los gobiernos que opten por la libertad y no por la invariante del dirigismo estatal y el camino de servidumbre, deben procurar acercarse. Para eso hace falta una política activa y afirmativa. Se trata de un objetivo histórico a alcanzar a través de la puesta en juego de una gubernamentalidad neoliberal, nunca de un dato natural a respetar.²⁶ Luego *habrá economía de mer-*

seguridad social bismarkiana; el desarrollo de una economía planificada, desde el período previo a la Primera Guerra Mundial y hasta el advenimiento del nazismo y la Segunda Guerra Mundial y finalmente el dirigismo keynesiano y sus intervenciones sobre los equilibrios generales de la economía. Los neoliberales se dedican a estudiar de forma crítica todas estas experiencias, también en escala internacional. Integran esta invariante político-económica entonces la planificación soviética, el plan Beveridge en Inglaterra, el New Deal en los Estados Unidos, las políticas desarrollistas vía sustitución de importaciones en América Latina. El primer laboratorio de la aplicación masiva y coercitiva de las recetas neoliberales tendrá como escenario el Chile de la dictadura de Augusto Pinochet.

²⁵ «En la misma forma en que para Husserl una estructura formal no se da a la intuición sin un cierto número de condiciones, así, la concurrencia como lógica económica esencial, podrá aparecer y producir sus efectos positivos sólo si se hacen presentes un cierto número de condiciones que serán predispuestas artificial e intencionalmente» (Foucault, 2005: 111).

²⁶ Por lo tanto, los saberes pertinentes se dividirán entre una ciencia económica que modeliza la estructura formal de la concurrencia, y una historia económica (aquí la influencia weberiana y de la escuela histórica de la economía), que analiza los sistemas económicos existentes en su mayor o menor acercamiento a la estructura formal de la concurrencia. La ciencia jurídica, por su parte, tendrá como misión definir los principios formales del *staatsrecht* que den el marco institucional y normativo adecuado para que la concurrencia pueda funcionar correctamente.



cado sin laissez faire. Debe construirse y asegurarse el cuadro jurídico institucional de la concurrencia.

d. *Mínimo intervencionismo económico, máximo intervencionismo político y jurídico a nivel de las condiciones institucionales necesarias para el desarrollo de la concurrencia.* Este cuadro institucional que debe acompañar a la economía de mercado, que es su condición de posibilidad para que el medio económico se acerque en su funcionamiento a las propiedades formales de la concurrencia, está dado por el aseguramiento de la propiedad privada, la libertad de contratar, la garantía de la propiedad intelectual, el régimen de quiebra, el régimen que regula las formas de las asociaciones profesionales y de las sociedades comerciales, la libre fluctuación de la moneda, y la independencia y libertad de la banca comercial y financiera. El estado de derecho en relación al orden económico debe perder contenidos sociales, materiales y sustanciales, su intervencionismo jurídico debe darse en el plano exclusivamente formal. Se trata de un cuadro jurídico institucional que asegura que los particulares persigan sus fines. «Tendremos, por lo tanto, un sistema de leyes como reglas de juego, y después un juego que manifestará, a través de la espontaneidad de sus procesos económicos, un cierto orden concreto. *Law and order*» (2005: 147).

e. *Crítica a la política social del estado de bienestar:* la crítica de los neoliberales se dirigirá directamente en contra de este núcleo básico de políticas sociales del estado de bienestar. En primer lugar, no debe concebirse a la política social como algo que busca compensar o atenuar la lógica de la concurrencia, ni siquiera en sus efectos socialmente dañinos. La política social, toda política social, debe ser complementaria y adecuada al funcionamiento de la economía de concurrencia. No debe buscarse la igualdad, ni siquiera relativa, como objetivo ya que la estructura formal de la concurrencia funciona a través de mecanismos de desigualdad, determinados por la fluctuación de los precios. La desigualdad introduce racionalidad económica en el funcionamiento de la concurrencia, para que los precios satisfagan la actividad económica eficiente y competitiva. Especialmente es conveniente no llevar a cabo políticas de igualdad relativa si ellas van a ser financiadas a través de gravámenes, cargas, sobre los sectores que tienen mayor capacidad de innovación e inversión en la economía. Solamente se deben focalizar transferencias en los sectores que no tienen capacidad de actuar autónomamente y de extrema pobreza,



para garantizar su existencia. Es decir, que los niveles de pobreza sean «sustentables».

La sociedad no tiene por qué hacerse cargo de los riesgos de la vida de los individuos. *Estos riesgos deben ser asumidos por los propios individuos a través del ahorro, la previsión y la capitalización individual.* Esto es lo que llaman una política social individual: «No se trata, en definitiva, de garantizar a los individuos una cobertura social de los riesgos, sino de acordar a cada uno una suerte de espacio económico al interior del cual puedan asumir y afrontar los riesgos» (2005: 141). Por lo tanto, *la política social fundamental es, y se reduce, al crecimiento económico*, que permitirá a cada individuo obtener la ganancia que le asegure prevenir individualmente las contingencias de la vida: su jubilación, seguridad, educación de sus hijos, el acceso a la propiedad privada, la capitalización individual. El esquema básico de política centrado en *el crecimiento económico, las políticas focalizadas de pobreza y la privatización de los servicios sociales, o desvalorización y desfinanciamiento de la provisión de los bienes públicos* a través del estado se han transformado en componentes omnipresentes en las políticas económicas actuales.

f. *La sociedad neoliberal tendrá como su unidad social básica a la empresa.* El objetivo de la acción de gobierno no es la economía, sino el ambiente social. La sociedad. Este ambiente social debe regularse por medio de los mecanismos de la competencia. Para ello la forma de unidad social funcional será la empresa. La forma-empresa debe multiplicarse al interior del cuerpo social.

Creo que esta multiplicación de la forma empresa al interior del cuerpo social, es lo que constituye la puesta en juego de la política neoliberal. Se trata de hacer del mercado, de la competencia, y por lo tanto de la empresa, aquello que se podría llamar la potencia que da forma a la sociedad. (2005: 131)

Por lo tanto, una sociedad de empresa será también una *sociedad judicializada*. Los conflictos en una sociedad de este tipo deben ser solucionados a través de los tribunales, y mejor aún, de formas lo más ágiles y flexibles, como son el arbitraje, la concertación y la mediación. La progresiva reducción de los funcionarios, el fin de la burocratización de la acción económica que la planificación suponía, unida a la multi-

plicación de la dinámica de las empresas, hace al mismo tiempo necesario tener cada vez más numerosas instancias judiciales u otras vías más flexibles de resolución de conflictos (2005: 149).

g. *La teoría del capital humano*: si bien el neoliberalismo en los Estados Unidos ha tenido en Milton Friedman un gran divulgador y propagandista, a través de su obra *Capitalismo y libertad*, por ejemplo; en realidad el aporte en términos de tecnología de poder y arte de gobierno más importante al neoliberalismo contemporáneo, en opinión de Foucault, está dado por la teoría del capital humano de Gary Becker²⁷ y Theodore Schultz, entre otros. A través de esta teoría la lógica del análisis económico neoliberal se extiende hasta ámbitos considerados ajenos a dicho tipo de abordaje.

De los procesos de inversión, producción, intercambio, circulación o consumo tomados como modelos abstractos, hay que pasar al análisis de las decisiones por las que los individuos imputan recursos escasos, medios limitados a fines u objetivos concurrentes o individuales, potencialmente ilimitados. *La economía será una ciencia del comportamiento humano*, en tanto que relación entre fines potencialmente ilimitados y medios escasos, los que tienen usos que se excluyen recíprocamente. La economía será la ciencia que analice la racionalidad de tales comportamientos de los individuos. Por lo tanto, el problema central respecto, por ejemplo, del trabajo, será el análisis de cómo el mismo usa los recursos de que dispone. De qué modo el trabajo es un comportamiento económico y el trabajador un sujeto económico activo más o menos racional (Foucault, 2005: 184). Vistas las cosas desde esta perspectiva, el salario que el trabajador gana no es el precio de la venta de su fuerza de trabajo, sino una ganancia o un ingreso obtenido. Y una ganancia o un ingreso, es simplemente el producto o rendimiento de un capital. *Capital es todo aquello que puede ser fuente de ganancias o réditos futuros*. En el caso de los trabajadores, entendidos como agentes económicos que toman decisiones para asignar los recursos de que disponen, se trata de un *capital humano*: el conjunto de todos los factores físicos o psicológicos

²⁷ Foucault toma como referencia, entre otros, el texto de Gary Becker *The economic approach to human behaviour*, 1976.

que hacen a alguien capaz de ganar un cierto rédito más que otro. El trabajo es un capital, una competencia o aptitud laboral estrictamente individual, que no puede ser separado de quien lo detenta (2005: 185). Foucault, para explicar esta característica del capital humano, utiliza los términos deleuzianos de «máquina» y «flujo». El trabajador sería reducido entonces a esta «máquina» que produce a lo largo de su vida económica útil un «flujo» de ganancias. Sus actitudes, aptitudes, competencias, indisociables de la figura del individuo que las pone en juego a través de su actividad laboral, tienen una duración y una modulación de intensidad que decae con la vejez. Será remunerada durante el tiempo de su vida útil generando un flujo de ganancias o ingresos. Por lo tanto, el capital/competencias del trabajador que generan un flujo de ingresos durante su vida útil, analizado desde la racionalidad del comportamiento económico, transforma al trabajador en sí mismo en una empresa (2005: 186). En términos del análisis del tipo de subjetividad, Foucault sostiene que se trata del regreso del *homo oeconomicus*, pero ahora bajo la diseminación de la forma-empresa en el conjunto y en todo el espesor de la sociedad. Aquí el *homo oeconomicus* es reconfigurado en una racionalidad y un *ethos* empresario: como *empresedor o empresario de sí mismo*, que es en cuanto tal el propio capital y la fuente de las ganancias. Sin embargo, este nuevo hombre económico sigue siendo básicamente un individuo asocial, abstraído de su contexto social, cultural, de su género, de sus condiciones concretas de trabajo. El análisis del entorno sólo sirve en términos de composición de capital a rentabilizar. Por otra parte, lo que importa es la racionalidad económica de sus conductas, ya que el individuo debe auto responsabilizarse de las contingencias vitales, nada puede ni debe esperar de la solidaridad de sus semejantes, nada de la organización colectiva ni de la mutualidad de asunción de deberes humanos. Luego, será muy importante comprender cómo se compone, produce y acumula el capital humano. Los elementos que componen el capital humano de un individuo, son por una parte hereditarios, patrimonio genético recibido de los padres en primer término, de la especie en general. Por otra parte, están los elementos adquiridos: el tiempo dedicado por los padres a la nutrición y al afecto, su entorno cultural, la educación formal e informal que le procuren, los estímulos que pueda recibir, la higiene básica existente en su ámbito, el cuidado de la salud y el acceso a servicios de salud de calidad.



De esta forma, se puede hacer un cálculo de utilidad económico, un análisis ambiental para ponderar la composición del capital humano de cada individuo maduro, o de las inversiones necesarias para constituir y acumular capital humano venidero, contenido en potencia en las generaciones todavía no económicamente útiles (2005: 190). Por eso, para los neoliberales la inversión en capital humano es una fuente fundamental de ganancias y en él debe enfocarse toda política económica. *El capital humano es fuente general de innovación empresarial. Por lo tanto, el foco debe desplazarse desde los procesos físicos y cuantitativos de la producción, distribución y consumo al análisis de la racionalidad de las conductas y la inversión en capital humano a través de la política social, cultural y educativa.* Lo que valoriza el capital son ahora las capacidades humanas genéricas afectivas, comunicativas, organizativas. En adelante, la teoría crítica se hará cargo de afirmar su propia versión de la teoría y la práctica de rentabilización del capital humano: por ejemplo, el *post operaismo* italiano (Negri, Virno, Lazzarato), analizará desde la perspectiva de las subjetividades la nueva composición de clase: obrero social, subsunción total, trabajo inmaterial, autovalorización y desmesura, externalidad y arbitrariedad del comando capitalista formarán una red de conceptos por medio de la que dar cuenta, en clave antagonista, de la nueva realidad creada por la totalización de la gubernamentalidad neoliberal.

La unidad básica de la sociedad, la forma-empresa, puede entonces a través de la promoción del capital humano, extender su influencia hacia el ámbito de la cultura, educación y de la sociedad en general. El análisis de Foucault en 1979 captó en el inicio de su desarrollo una tendencia que desde entonces no hizo más que generalizarse. En efecto, la generalización de la forma-empresa como átomo de la sociedad conlleva el ingreso de la inversión en capital humano dentro del cálculo de utilidad económica que permea todos los ámbitos de la sociedad civil y de la provisión de bienes públicos. La radicación de inversiones en una localidad, comunidad o grupo, estará pendiente no sólo de los recursos naturales, de la cantidad de fuerza de trabajo disponible sino también y sobretodo de la capacidad de moldear ese ambiente desde la racionalidad empresarial en función del capital social actual y potencial. A su vez, las políticas públicas de las agencias locales, nacionales, regionales e internacionales, sus recursos económicos y condicionalidades, se orientarán al desarrollo del capi-

tal social de una comunidad para insertarla en el mercado económico, desarrollar sus ventajas competitivas, realizar su puesta en valor y atraer inversiones a la misma. No podemos menos que terminar estos párrafos sobre la actual forma de gubernamentalidad citando, una vez más, las lúcidas y premonitorias palabras de Foucault, con las que cierra sus apuntes manuscritos correspondientes a su lección del 14 de marzo de 1979:

¿Cuál es el interés de este tipo de análisis? [...] todos los ámbitos de la herencia, transmisión, educación, formación, desigualdad de nivel tratados desde un punto de vista único como elementos homogeneizables, centrados no más alrededor de una antropología, o una ética, o una política del trabajo, sino en torno de una economía del capital. Y el individuo considerado como una empresa, vale decir, como una inversión/inversor [...] *Sus condiciones de vida son la ganancia del capital.* (2005: 193)

Lo que se ha venido denominando con el eufemismo de «globalización» no es más que la totalización de la gubernamentalidad neoliberal

Los análisis precursores de Foucault nos dan claves para entender el actual contexto mundial en el que las lógicas de poder de la gubernamentalidad neoliberal tienden a totalizarse. Se trata del contexto en el que hay que pensar el derecho y los derechos humanos. Porque por una parte, este contexto nos brinda las claves de lectura para entender la tendencia a un recentramiento en el mercado como lugar de producción de juicios de verdad sobre el gobierno, como lugar a partir del que se viene replanteando un a priori histórico o regla de formación del derecho y desde el que se despliegan estrategias de normalización. La gubernamentalidad neoliberal avanzada supone todo un nuevo modo de gestionar las conductas en ámbitos muy variados (política laboral, seguridad social, sistemas de salud, educativo, política familiar, control de la inmigración y de la criminalidad.) que hoy pretende expandirse y en buena medida se ha expandido, a escala mundial. En esta línea se articulan tres estrategias y

efectos de poder claves: la promoción de una cultura empresarial, la creación artificial de mercados, y un «nuevo prudencialismo».

En primer lugar, *la empresa se transforma en un modelo que se expande a la gestión pública, social y de la propia vida*. Como ya vimos, este *ethos* empresarial, conforma un verdadero «nuevo espíritu del capitalismo» (Boltanski, Chiapello, 2002), exige remodelar la existencia individual y la gestión pública.

En segundo lugar, el medio principal para extender esta cultura y fomentar la autoresponsabilidad individual es la *creación artificial de nuevos mercados*.

El tercer aspecto de la gubernamentalidad neoliberal tiene que ver con lo que podemos llamar un «*nuevo prudencialismo*» en la *gestión de los riesgos sociales*. Los riesgos más que eliminados o reducidos drásticamente, deben ser administrados de forma rentable (Vázquez García, 2005), por ello deben fluctuar dentro de parámetros de normalidad y «sustentabilidad». De ahí que en las sociedades en las que la lógica del neoliberalismo se va totalizando como razón o arte de gobierno de las conductas, la pareja libertad económica-riesgo social vayan siempre de la mano. La sociología reflexiva de la sociedad del riesgo (Beck, Lash, Giddens, y otros), no ha llegado nunca a iluminar el vínculo estructural entre libertad e (in)seguridad que es propia de la puesta en juego de las tecnologías de poder de la gubernamentalidad neoliberal totalizada.

La perspectiva de la gubernamentalidad, permite desarrollar una forma dinámica de análisis que no se reduce a enunciar el «predominio del mercado», sino que decodifica el tan mentado «fin de la política» (en el sentido de que la política se retiraría del ámbito de decisión económico que quedaría reservado a una gestión técnica de la concurrencia asegurada por el cuadro jurídico-político), como un programa político o estrategia de gobierno en sí mismo. Por otra parte, al articular estado y sociedad civil dentro de una estrategia de gubernamentalidad, este tipo de análisis permite relativizar las diferencias, –muchas veces construidas de forma demasiado rígida, incluso a partir de dominios de objeto que configuran disciplinas separadas–, entre estos términos. Lo mismo cabe decir de las regulaciones nacionales y los agenciamientos transnacionales que en conjunto funcionan de acuerdo a una cierta lógica de naturalización y normalización de la puesta en juego neoliberal –Fondo Monetario Internacio-



nal, Banco Mundial, Organización Mundial del Comercio; G8, foros informales como el de Davos, Acuerdos de Libre Comercio promovidos por los Estados Unidos y la Unión Europea—. El concepto de gubernamentalidad permite llamar la atención sobre la constitución de nuevas formas y niveles políticos del estado, como la incorporación de sistemas de negociación, mecanismos de autoorganización y estrategias para adquirir o conferir poder (Lemke, 2006: 14). Se trata de un desplazamiento a niveles supranacionales, regionales y mundiales, de prácticas que antes se definían en el espacio del estado-nación, pero al mismo tiempo, del desarrollo de prácticas subpolíticas, por debajo de la política en sentido tradicional, que se dan a nivel de los «dispositivos liberógenos»: mercado, sociedad civil. Es decir que las diferencias entre el estado y la sociedad, entre la política y la economía, no funciona ya como fundamento ni como frontera, sino como elemento y efecto de específicas tecnologías de poder neoliberales.

Los análisis de la gubernamentalidad intersecan política y economía. No existe ámbito de la economía pura. La economía es ya siempre una economía de poder, donde los cuerpos son sujetos a disciplina o reducidos a sus variables biológicas en una población. No se trata mas que de la prolongación coherente de una de las conclusiones primarias, de clara ascendencia marxiana, a las que había llegado Foucault en sus conferencias editadas bajo el título *La Verdad y las Formas Jurídicas*: «no hay plus ganancia sin subpoder» (Foucault, 1996: 139).

En relación al derecho, lejos de un «retroceso», surge una proliferación de formas de juridicidad que se solapan e intersecan con las lógicas de normalización, pero respondiendo todas ellas, a un régimen de veredicción, un a priori histórico que marca para el derecho su aporte en la construcción del cuadro institucional funcional a la centralidad del mercado: creación artificial de mercados, proliferación de la forma-empresa, fomento de la racionalidad de la conducta en términos económicos, fluctuación de los procesos de la población en relación a su medio físico-natural en términos sustentables. Por ejemplo, en todo lo que hace a la gestión de la pobreza y de la calidad ambiental. En efecto, el mercado como forma de inteligibilidad de las relaciones sociales y al mismo tiempo principio de programación de los dispositivos de la gubernamentalidad neoliberal, va acompañado de una serie de formas de derecho que son consustanciales a este nuevo a priori histórico: *la nueva lex mercatoria, el nuevo derecho*



internacional público de la liberalización de los mercados, coexisten con el derecho internacional de los derechos humanos. La primera tiene que ver con las prácticas de las corporaciones transnacionales, que establecen un derecho informal, consuetudinario a la vez que flexible para regir las relaciones con sus subcontratistas, con otras empresas transnacionales, e incluso entre sectores de su propio mercado intraempresario. Es entonces una forma de derecho funcional a la *necesidad de generalización de la forma-empresa como unidad dominante de práctica social y paradigma de gestión*. Surge además un *nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales* de bienes y servicios,²⁸ que brinde estabilidad y seguridad a la movilidad del capital, a través de instituciones y formas jurídicas (tratados internacionales multilaterales), que obliguen a los estados. Es decir, una forma de derecho funcional al objetivo de *fixar un cuadro institucional global favorable a la libertad de mercado y la competencia, y la promoción y creación de mercados, allí donde éstos no existen*.²⁹

Nada más lejos de la imagen de la pirámide jurídica, que acompaña el desarrollo del paradigma del estado de derecho y de la dogmática jurídica, que la geometría variable de las formas plurales de derecho global. Los objetivos y efectos tanto de la *lex mercatoria* como del derecho internacional de la liberalización de los mercados, son

²⁸ La corriente crítica neogramsciana de las relaciones internacionales ha denominado esta tendencia como «nuevo constitucionalismo global» de forma irónica, ya que sostienen que se trata de un «nuevo constitucionalismo garantista» de la libre movilidad y circulación del capital y las corporaciones económicas y financieras transnacionales. Con este sentido el término fue utilizado por primera vez por Stephen Gill. Ver Gill, 1992. Por nuestra parte preferimos la terminología de *nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales* de bienes y servicios para no generar confusión con las corrientes neoconstitucionalistas y garantistas de los derechos humanos.

²⁹ Abarca en un sentido amplio, tanto la actual configuración institucional de la Organización Mundial del Comercio (OMC), como el fracasado intento del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), y el proceso de construcción del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), pero también los TLC (tratados de libre comercio) bilaterales como los que celebró Estados Unidos con Colombia y Perú, o incluso TBI (tratados bilaterales de inversiones en condiciones preferentes) entre países, como los que admiten jurisdicción internacional (por ejemplo CIADI) en los conflictos comerciales entre los estados receptores y las empresas inversoras del país beneficiado.



contradictorios con la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, ya que así entendidos, los derechos son distorsiones al libre mercado.³⁰ Por lo tanto, la protección internacional de los derechos humanos encuentra sus límites y contradicciones en el contexto del pluralismo jurídico global. Esos diversos derechos que se desarrollan a distintas velocidades se entrelazan, sin embargo, de forma funcional en una inter-legalidad propia y característica de la gubernamentalidad neoliberal. En esta, la naturaleza del poder y el carácter del derecho no son atributos exclusivos de ninguna forma política, social, institucional o jurídica específica sino el resultado de sus distintas posibilidades de articulación. Resultan de la articulación de diferentes derechos con distintos tipos de normas, productos, escalas, áreas de competencia y mecanismos de adjudicación. Pero su modo de articulación no es caótico, sus interrelaciones son asimétricas y responden al principio de inteligibilidad social y de validación del arte de gobernar que constituye el mercado, como lugar de veredicción.

Genealogía y discursos sobre derechos y desarrollo alternativos a la gubernamentalidad neoliberal

En tanto los dispositivos propios de la gubernamentalidad neoliberal tienen también su incidencia en la dinámica política de las poblaciones mundiales (biopolítica), se instala la necesidad de que los procesos de la misma fluctúen en términos de *sustentabilidad* y *normalidad*. Así el problema de la «reducción de la pobreza», o del «desarrollo sustentable», son dos ejemplos pertinentes, entre muchos otros que se podrían tomar, en tanto muestran y proyectan cómo las consecuencias sociales y ecológicas más perjudiciales en la gestión de la vida se transforman en verdaderos campos de lucha social e interpretativa y abonan el trabajo de zapa de la interpretación genealógica crítica.

El derecho de los derechos humanos y los discursos sobre el desarrollo, aparecen tensionados entre la tendencia a la normalización –que

³⁰ Como explica Franz Hinkelammert. Ver Herrera Flores, 2000, pp. 117 y ss.

haga fluctuar estas variables poblacionales de forma sustentable para permitir que el mercado siga desarrollando su rol de lugar de verdad e inteligibilidad de las prácticas de gobierno—, y los discursos y prácticas que toman a su cargo la defensa de la dignidad de la vida humana —y que muchas veces, en el ámbito cultural occidental, se expresan o adoptan el marco del discurso que reivindica derechos—. Por el lado de la normalización, aparecen verdaderas iniciativas de gubernamentalidad mundial que buscan cuadrar el círculo, planteando estrategias de fluctuación viable de esas consecuencias conflictivas. Así por ejemplo, los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), la nueva carta de navegación de las Naciones Unidas, se propone objetivos tales como «reducir a la mitad el porcentaje de personas que padecen hambre» hacia el año 2015. Es decir, una pobreza sustentable que mantiene la centralidad de las políticas del capitalismo en su etapa neoliberal, al mismo tiempo que condena, en el supuesto de que este objetivo biopolítico se cumpla, lo cuál es harto dudoso, a miles de millones de personas (la mitad de las que ahora la padecen) a seguir pasando hambre. Por otra parte, esto permite evitar la discusión sobre las causas estructurales del pauperismo en la población mundial y el planteo de alternativas serias.³¹ Otro ejemplo, es la apropiación y la ambigüedad resultante del término «desarrollo sustentable», para prevenir y empezar a cambiar un modelo civilizatorio incompatible con el derecho a un medio ambiente sano para las generaciones presentes y futuras y que muestra cada vez más signos de agotamiento en forma de deterioro irreversible de la biosfera. Aquí también se proclaman declaraciones y se fijan objetivos (como por ejemplo, los de reducción de gases que producen el efecto invernadero en el protocolo de Kyoto) que se incumplen reiteradamente pese a su modestia frente a la magnitud del problema, y las interpretaciones economicistas del término han llevado, como dice José Manuel Naredo, a un uso acríptico y banal del mismo (2007: 23).

³¹ Sobre esta estrategia de normalización retórica hay antecedentes, por ejemplo, en Estambul, en 1996, cuando se decretó el derecho a la vivienda digna para todos y sin embargo, hoy son muchas más las familias sin techo. O asimismo, con el compromiso de destinar un magro 0,7% del PBI para el desarrollo de los países de «pobreza extrema» y «en vías de desarrollo» y que es solo respetado por Suecia, Noruega y Bélgica.



Pero si examinamos la disputa que se da en relación al desarrollo y los derechos humanos desde la perspectiva genealógica, esta abre el campo de posibilidades para recuperar los discursos y prácticas críticas, que hacen a las alternativas de políticas del derecho. En efecto, el análisis genealógico, al centrarse en las voces silenciadas y los antagonismos latentes, muestra los «saberes sujetos», como saber histórico de las luchas, que surge del acoplamiento de los discursos eruditos y de las memorias locales: permite la constitución de un saber alternativo y su utilización táctica y estratégica (Foucault, 1992: 15-16).

Examinar la tensión interna a la gubernamentalidad mundial bien puede pasar por esas prácticas por las que, como dice nuestro autor en *La voluntad de saber*, contra ese poder que toma la vida de las poblaciones a su cargo, y que se ejerce sobre ella, las fuerzas resistentes se apoyan en lo mismo que aquel invade, la vida del hombre en tanto ser viviente.

lo que se reivindica y sirve de objetivo, es la vida, entendida como necesidades fundamentales, esencia concreta del hombre, cumplimiento de sus virtualidades, plenitud de lo posible. Poco importa si se trata o no de utopía; tenemos ahí un proceso de lucha muy real; la vida como objeto político fue en cierto modo tomada al pie de la letra y vuelta contra el sistema que pretendía controlarla. La vida pues, mucho más que el derecho, se volvió entonces la apuesta de las luchas políticas, incluso si éstas se formularon a través de afirmaciones de derecho. El «derecho» a la vida, al cuerpo, a la salud, a la felicidad, a la satisfacción de las necesidades; el «derecho», más allá de todas las opresiones o «alienaciones», a encontrar lo que uno es y todo lo que uno puede ser, este «derecho» [...] fue la réplica política a todos los nuevos procedimientos de poder. (1998: 177)

Los derechos entendidos no como universales antropológicos a priori, sino como una forma y práctica de enunciar la dignidad humana histórica y culturalmente situada, se transforman en apropiables y objeto de disputa en su propio régimen de enunciación. Una lectura sintomática de las luchas en torno a su interpretación, que les de inteligibilidad histórica, los recorta contra la lógica normalizadora de los dispositivos de poder. Vistos como una forma de enunciar la dignidad humana en procesos de lucha, se hace patente la tensión entre el dis-

curso lineal del progreso y las generaciones, y el discurso de la guerra, la genealogía y los saberes sujetos. Y la actual forma totalizada de gubernamentalidad neoliberal no es la excepción. Contra el telón de fondo de los dispositivos de seguridad se afirman derechos de la población, como derechos colectivos, de «interés público» o de «incidencia colectiva» que afirman la producción de bienes públicos relacionales más allá de la riqueza, productividad y utilidad de las poblaciones y que descansan en la participación, la organización y el acceso colectivo a la justicia para mejorar las relaciones entre poblaciones y medio físico-natural. Los derechos de consumidores y usuarios, el derecho ambiental, el desarrollo sustentable, la solidaridad intergeneracional, el derecho a la ciudad que los condensa en el ámbito urbano, plantean esa lucha concreta de colectivos sociales más allá de las estrategias de normalización que suponen los ODM, o la captura del concepto «desarrollo sustentable».

Y más allá, aquellas luchas que plantean nuevos derechos desde los movimientos sociales que se articulan en diversas redes regionales y transnacionales, –como por ejemplo, las que concurren en el Foro Social Mundial–. Nuevos derechos tales como la soberanía alimentaria o el derecho a los bienes comunes.

Se trata de una lucha por la apropiación de los saberes y poderes que permiten definir las condiciones de vida de la población (concretada y encarnada ahora en comunidades de necesidad) frente a dispositivos y procesos abstractos y heterónomos que operan a escalas lejanas como la globalización, el comercio mundial. Se trata de una práctica de reafirmación de la dignidad de la vida y por consiguiente, de disputa y reenunciación del sentido de los derechos: ponen en crisis la narración jurídica –el derecho que refiere a ese «origen solemne» que tiene como referente a los «Sujetos»–, frente a la experiencia vital de los propios destinatarios de esas normas.



CAPÍTULO IV

Democracia y derechos humanos en la biopolítica de Jacques Rancière

En los últimos años, y a partir de la publicación de la *Historia de la Sexualidad, La voluntad de saber* por parte de Michel Foucault, se ha hecho explícita una discusión que, sin embargo, de una forma u otra, de múltiples maneras, atraviesa toda la literatura política de la cultura Occidental. Se trata, ni más ni menos, de un debate fundacional, clásico, que reaparece con las cesuras y mutaciones históricas sobre nuevas bases, pero al mismo tiempo igual: versa sobre el estatuto político de la vida. La idea de que la vida humana es una vida cualificada, despegada de la mera naturalidad y animalidad gregaria. Una forma de vida, o mejor dicho, una vida que no puede pensarse fuera de las formas específicas que adopta la construcción de la comunidad humana.

Pero al mismo tiempo, esta constatación, que puede leerse entrelíneas a veces, otras de forma más explícita, en todos los productos más o menos relevantes del pensamiento occidental abre una puesta en juego que es fundacional y esencial para lo que en nuestro ámbito cultural se denomina política.

En efecto, trazar la línea entre lo que es considerado parte, incluido en la comunidad humana en tanto que comunidad política, de lo que es considerado mera naturaleza o animalidad social, nominar esta diferencia, enunciar los discursos que la justifican (o que la impugnan) y la ponen en acto, es ya siempre, *una puesta en juego de una cierta estrategia de poder*.

La cuestión aparece expresamente en *La Política* de Aristóteles, uno de los textos fundacionales en este sentido, en los célebres párrafos donde, después de definir al hombre como un animal político o social, y a la polis como la comunidad perfecta y autosuficiente, dice en el párrafo 1253a:

La razón de que el hombre sea un animal social, más que cualquier abeja y que cualquier otro animal gregario, es clara. La naturaleza, pues, como decimos, no hace nada en vano. Sólo el hombre, entre los animales, posee la palabra. La voz es una indicación del dolor y del placer; por eso la tienen también los otros animales. (Ya que por su naturaleza ha alcanzado hasta tener sensación del dolor y del placer e indicarse estas sensaciones unos a otros). En cambio, la palabra existe para indicar lo conveniente y lo dañino, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio de los humanos frente a los demás animales: poseer, de modo exclusivo, el sentido de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, y las demás apreciaciones. La participación comunitaria en éstas funda la casa familiar y la ciudad. (1986: 43-44)

Para Giorgio Agamben (1998) —como ya analizamos en capítulos anteriores—, la forma en que la vida natural, biológica, desnuda, es incluida en la comunidad política por medio de su exclusión, señala la fundación y nota distintiva del poder soberano y su capacidad de decidir, en el límite del derecho, sobre el estado de excepción (Carl Schmitt), y de esa forma sobre la vida y la muerte de los individuos sometidos a su poder. Esta capacidad de decisión sobre lo normal y lo excepcional, lo visible y lo no visible, señala la operación fundamental (fundadora) de la política occidental.

Foucault (1988), señala cómo a partir del siglo XVIII se ponen a punto una serie de tecnologías de poder que hacen al gobierno de los individuos, de sus conductas (gubernamentalidad), que tienen como objeto y superficie de agarre a las poblaciones, como conjunto de



vivientes que comparten una serie de constantes biológicas en tanto pertenecientes a la especie humana. Natalidad, mortalidad, morbilidad, que hacen a su productividad. La riqueza del estado y la vitalidad de la economía van atadas a la salud y a la productividad de las poblaciones. Por lo tanto la vida biológica se hace objeto de estrategias de poder y esto señala, para Foucault, el umbral de modernidad biológica de las sociedades. Aparecen los saberes correspondientes: economía política, demografía, estadística y las «ciencias humanas».

Pero entonces, también las oposiciones y las resistencias se van a tomar en serio el problema de la vida y de su (in)dignidad. Las críticas teóricas y prácticas harán una petición de principio a favor de la vida, de su dignidad, de su corporalidad en situación. Es posible relacionar *bios* y *zoé* y sus economías de intercambio, con lo que la filosofía liberacionista (Enrique Dussel, Franz Hinkelammert) llama producción, reproducción y desarrollo de la vida. Y con la ontología dinámica de raigambre marxiana *praxis* (Karl Marx), trabajo humano (Marx, Georgy Lukács), actividad (John Holloway), ser o capacidad genérica (Marx, David Harvey).

En tanto que la humanidad y capacidades genéricas (Edgar Morin, David Harvey) irían, sin embargo, en un movimiento ambiguo, incluso hasta la capacidad y el consiguiente riesgo de destrucción y de suicidio colectivos que se proyectarían como sombras en el proceso de humanización.

En cuanto a la relación entre *bios* y la teoría de los derechos humanos, esta parece afirmar en general, en sus distintas variantes, al menos en el plano discursivo, con pretensiones de positivización y fundamento del orden jurídico a través de las declaraciones y tratados internacionales y regionales de derechos y las constituciones, que la vida humana es ya siempre una forma de vida cualificada (*bios*). Que la comunidad política es inherente a esa forma de vida cualificada y orientada a la felicidad común. Pareciera afirmarse en el plano del discurso y del derecho la dignidad intrínseca de la simple vida de todo ser humano por el hecho de nacer. Pero aparecen las aporías y paradojas señaladas en clave biopolítica por Agamben y Foucault: la reducción a la *zoé*, el sentido ambiguo de la politización de la vida. Las tensiones entre *zoé/bios*, Pueblo/pueblo, orden/*exceptio*. La colonialidad del poder y la partición de lo sensible. Y la política como umbral entre esos términos.

La teoría de los derechos humanos puede ser leída entonces, críticamente en sus distintas variantes, en una perspectiva política desde la economía de los intercambios entre *bios* y *zoé*. El liberalismo de los derechos llamados de la primera generación, tomaba como punto de partida la libertad, igualdad, propiedad, es decir, partía de un punto de fundación donde la *bios* subsume *ab initio* la *zoé*. Su dignidad inherente se presume y en ella se funda la legitimidad de la comunidad política.

El socialismo, y el constitucionalismo social, producto de la cuestión social, es testigo de la reducción a la mera reproducción vital, la apropiación de la fuerza de trabajo reduce o niega la dignidad de la vida que antes se daba por supuesta. La libertad e igualdad que se suponían ahora deben construirse, el pueblo como fuente de la soberanía ahora se escinde en clases, podríamos decir en el pueblo (vinculado a las nociones y saberes que tienen que ver con la población, la pobreza y las clases) y en el Pueblo (cuerpo colectivo abstraído, titular de la soberanía y de los derechos políticos correspondientes).

Los derechos de solidaridad o respectividad exigen una nueva política (bioecopolítica) y el reconocimiento de derechos más allá de la comunidad estatal, superando la escisión entre nacimiento y nación. Una nueva comunidad en potencia.

En lo que sigue, intentaremos dar cuenta de estas discusiones y de su importancia para la teoría política y para la teoría de los derechos humanos abordándolas desde la peculiar perspectiva de Jacques Rancière. Para Rancière (*El desacuerdo. Política y filosofía*, entre otras obras), el problema de la partición de lo sensible, de la disposición de los cuerpos y del reparto en la comunidad política marca la estructura fundamental y dinamizadora del desacuerdo, cuando los que han sido invisibilizados, excluidos reclaman su parte litigiosa en la comunidad política: la parte de los que no tienen parte. Podría decirse que Agamben y Rancière enfocan el mismo problema, sólo que este último lo hace desde los excluidos, marginados u oprimidos.

Partición de lo sensible y desacuerdo: fundación de la política

Existe una simetría básica entre Rancière y Agamben, ambos parten de definir la cesura fundamental de la política en aquel punto de (in)distinción, siempre sometido a la estrategia y arbitrariedad del poder, entre poder y vida desnuda. Ambos parten del célebre párrafo aristotélico que traza la distinción entre comunidad política y mera animalidad social, entre vida humana cualificada por una forma política y vida biológica de la especie, común a los humanos y a los animales.

Sin embargo, mientras en Agamben es la capacidad del poder de decidir sobre el estado de excepción, de incluir a la *nuda vida* en los alcances de la comunidad política por medio de su exclusión, reduciéndola a mera vida biológica, retirándole toda cobertura jurídica de la *polis* lo que caracteriza la estructura fundamental de la política, por el contrario, en Rancière, el mismo problema remite al *desacuerdo* como estructura fundante.³² Por tal debe entenderse una relación de conflicto que constituye la condición de posibilidad misma de la política, como también una situación de incomunicación que responde a una estructura específica. Empecemos entonces por este segundo aspecto para allanar el camino en la comprensión del lector. El desacuerdo constituye un tipo determinado de situación de habla: aquella en que uno de los interlocutores entiende y a la vez no entiende lo que dice el otro. No se trata del conflicto entre quien dice blanco y quien dice negro. Se trata mejor, del desacuerdo que existe entre quien dice blanco y quien dice blanco pero no entiende lo mismo o no entiende que el otro dice lo mismo con el nombre de la blancura.

Es por lo tanto una situación de incomunicación, distinta del desconocimiento, en el que uno o ambos interlocutores no saben, no conocen, lo que está diciendo el otro, y distinta también del malentendido causado por la imprecisión o la textura abierta del lenguaje, vaguedad, ambigüedad. En este caso, la cuestión puede solucionarse por medio de convenciones y hermenéuticas.

³² El texto fundamental de Jacques Rancière que debe tomarse como referente de su teoría política es *El desacuerdo. Política y filosofía*, 1996.

El objetivo de Rancière es ir mucho más allá de la comprensión dialógica de la política, tan generalizada hoy día desde propuestas que tienden a evaluar la calidad de la misma a partir de esquemas o modelos de procedimientos ideales de comunicación, a la manera de Jürgen Habermas, que se configuran cuando los interlocutores buscan ponerse de acuerdo por medio de argumentos en una relación de simetría, igualdad y reconocimiento recíproco, que permite persuadir al otro por medio de la fuerza de las argumentaciones.

Se trata aquí de una situación mucho más radical:

numerosas situaciones de habla donde está en acción la razón pueden pensarse en una estructura específica del desacuerdo que no es ni desconocimiento (que exige un complemento de saber), ni malentendido (supone una oscuridad, enrarecimiento del lenguaje, de las palabras). (1996: 9)

El desacuerdo no se refiere a la semántica política, sino fundamentalmente a la pragmática, a la situación misma de los que hablan. Tiene que ver más con lo argumentable, que con la argumentación: la presencia o la ausencia de un objeto, de un común, de un argumentable o discutible entre un *X* y un *Y*: «En toda discusión donde hay efectivamente algo que discutir, está implicada esta estructura en la que el lugar, el objeto y los sujetos mismos de la discusión están en litigio y en primer lugar tienen que ser probados» (1996: 75).

La situación extrema de desacuerdo es aquella en que *X* no ve el mismo objeto que le presenta *Y*, porque no entiende que los sonidos emitidos por éste componen palabras y ordenamientos de palabras similares a los suyos. Esta es la situación política fundamental: el desacuerdo se refiere a lo que es voz (*phoné*) y a lo que es lenguaje (*logos*). Y por lo tanto, a lo que es un ser que se sirve del lenguaje para discutir. En el desacuerdo se juega la relación de inclusión-exclusión de la comunidad política cualificada, la relación entre el poder y la *nuda vida*, en términos de Agamben.

El poder es soberano, y es soberano, recordémoslo una vez más, porque tiene la capacidad de representar y de conducir lo múltiple a una visión de lo que es *polis* y de lo que es *logos*, poniendo al mismo tiempo en juego estrategias que reafirman esa representación por medio de la diferenciación en su seno de lo que no es más que vida biológica

y mera voz. Pero lo interesante es que aquí Rancière muestra la posibilidad de analizar el problema no desde la perspectiva del poder (cratoscéntrica), sino desde la perspectiva de los excluidos en ese reparto. El desacuerdo se produce sobre esta *partición de lo sensible*, cuando lo que se discute remite al objeto mismo de la discusión y a la calidad misma de quienes hacen de él tal objeto polémico.

La política, para Rancière, *solamente pudo y puede constituirse sobre la base de este desacuerdo fundamental sobre el reparto de la palabra y de lo sensible en general*. Por tal partición, debemos entender un modo de determinación de lo sensible, una división de los espacios, reales y simbólicos, destinados a esta o a aquella ocupación, una forma de visibilidad y de decibilidad de lo que es propio y de lo que es común a las personas y a los grupos. Esta misma forma supone una división entre lo que es y lo que no es visible, entre lo que pertenece al orden del discurso racional y lo que depende del simple ruido de los cuerpos (1995: 8).

La política constituye, de Platón en adelante, un objeto escandaloso para la filosofía. La operación de esta, es externa a la política, ella busca intervenir para clausurar o reducir el desacuerdo:

lo que se denomina «filosofía política» bien podría ser el conjunto de las operaciones del pensamiento mediante las cuales la filosofía trata de terminar con la política, de suprimir un escándalo propio del ejercicio de la política. En sí mismo, este escándalo teórico no es más que la racionalidad del desacuerdo. (1996: 11)

Recordemos, una vez más, lo que dice Aristóteles en *La Política* (1253 a): «Sólo el hombre, entre todos los animales posee la palabra». La condición política del hombre se constituye sobre una diferencia: la posesión del *logos*, la palabra que *manifiesta*, únicamente propia del hombre en tanto *zoon politikon*, frente a la *phoné*, voz que solamente *indica*.

De esta forma, Rancière parte del mismo célebre párrafo del estagirita que inspiró antes de él a Foucault, y que luego inspirará a Agamben, y sobre el que volvemos de forma recurrente dada su importancia para la comprensión de la política. Veamos que nos dice Rancière al respecto:



El destino supremamente político del hombre queda atestiguado por un indicio: la posesión del logos, es decir, de la palabra, que manifiesta, en tanto la voz simplemente indica. Lo que manifiesta la palabra, lo que hace evidente para una comunidad de sujetos que la escuchan, es lo útil y lo nocivo y, en consecuencia, lo justo y lo injusto. La posesión de este órgano de manifestación marca la separación entre dos clases de animales como diferencia de dos maneras de tener parte en lo sensible: la del placer y el sufrimiento, común a todos los animales dotados de voz; y la del bien y el mal, propia únicamente de los hombres y presente ya en la percepción de lo útil y lo nocivo. Por ello se funda, no la exclusividad de la politicidad, sino una politicidad de un tipo superior que se lleva a cabo en la familia y en la ciudad. (1996: 15)

Rancièrè juega con las ambigüedades del propio logos que no significa solamente lenguaje sino también racionalidad, ley... Esta ambigüedad marca el desacuerdo sobre lo que sea la justicia de la ciudad: el dar a cada uno lo suyo. Por ejemplo, en La República de Platón, la filosofía política comienza su existencia por el largo protocolo de desacuerdo sobre un argumento acerca del cual todos están de acuerdo; que la justicia «consiste en dar a cada uno lo suyo» (1996: 9).

La justicia como principio de comunidad, no existe donde la única ocupación es impedir que los individuos que viven juntos se provoquen daños recíprocos para reestablecer el equilibrio entre pérdidas y ganancias (justicia aritmética o *blaberon*). La justicia sólo comienza cuando el *quid* es lo que poseen en común y cuando los individuos se interesan en la manera en que son repartidas las formas de ejercicio de ese poder en común. *El reparto* de la palabra y de los bienes es una cuestión fundamental de justicia geométrica. De ahí que la justicia, entendida como virtud cardinal de la polis, supone la elección de la medida misma según la que cada parte sólo toma lo que le corresponde (*sympheron*), y el orden que determina la distribución de lo común.

El desacuerdo sobre este orden de repartos supone la fundación de la política. La política comienza precisamente allí donde dejan de equilibrarse pérdidas y ganancias, donde la tarea consiste en repartir lo común, en armonizar según la proporción geométrica las partes de la comunidad y los títulos (*axiai*) para obtener esas partes que dan derecho a *participar* de la comunidad.



Se trata de la subordinación de la igualdad aritmética a la igualdad geométrica que en pro de la armonía común, establece la proporción de las partes de la cosa común, poseídas por cada grupo de la comunidad según la cuota que este aporta al *bien común*.

Las partes, o la participación obtenida en la comunidad para los distintos individuos y grupos se definen según el valor aportado y el título obtenido. Pero *este cómputo, esta cuenta de lo que corresponde a las partes, está sometida a la distorsión del desacuerdo*.

Aristóteles enumera tres títulos (*axiai*), sobre los que se funda la participación de los grupos sociales en la *polis*: la riqueza de los *oligoi*, la virtud o excelencia (*areté*) de los *aristoi*, y la libertad (*eleutheria*) que posee el pueblo o *demos*. Unilateralmente cada uno de estos títulos funda un régimen particular (oligarquía, aristocracia, democracia), amenazado por la sedición de los otros. En cambio, la combinación en la justa proporción de cada uno de ellos puede fundar la estabilidad y el bien común (1996: 19).

Pero en realidad, esta bella y virtuosa ecuación está habitada por la imposibilidad de una medida común, por la desmesura vinculada al desacuerdo sobre la medida de las partes. Veamos: el título más fácil de medir es la riqueza de los *oligoi*, depende del *blaberon*, de la justicia aritmética de los intercambios. En cambio, qué sea la *eleutheria* del *demos* o la *areté* de los virtuosos es mucho más difícil de medir, sólo puede hacerse desde la perspectiva geométrica de la justicia.

¿Qué fue en la *polis* ateniense la libertad del pueblo? Dada por la facticidad del nacimiento y la abolición de la esclavitud por deudas, era un atributo de cualquiera de esos cuerpos parlantes que debían ser contados en el *demos*, y que eran mayoría en el mismo. Tomaban parte en los asuntos comunes y decidían sobre las cuestiones de la ciudad.

La libertad, que no se basa ni en la riqueza, ni en la virtud, impide el gobierno de los ricos o de los nobles. Pero además la libertad del *demos* es simplemente el hecho de que pese a no tener riqueza ni virtud, se le reconoce la misma libertad que a los virtuosos y a los ricos. Son simplemente libres como los otros. Pero adviértase bien. *La libertad del demos es igualdad activa, igualdad para: isonomia igualdad para hacer la ley, isegoría igualdad para argumentar en la asamblea. Pero al mismo tiempo, en la democracia, esa parte del demos tiende a confundirse con el todo*. Lo que aporta el pueblo a la comunidad es el desacuerdo, el litigio: reclaman en nombre del daño

que los empujaba a la inexistencia, a ser esclavos, *nuda vida, zoé*. Es en nombre del daño histórico que las otras partes le infligen, que el pueblo se identifica con el todo de la comunidad (1996: 22).

En efecto, la estructura aporética del desacuerdo consiste en que lo que no tiene parte no puede tener más que la nada o el todo. Llámese a ese sujeto colectivo que motoriza el desacuerdo sobre el reparto de los bienes y de la palabra, los pobres, según las distintas situaciones y etapas históricas el pueblo, el tercer estado o el proletariado. *Es el pueblo el que distorsiona con su desacuerdo el orden de los repartos y establece la comunidad política como comunidad litigiosa: de lo justo y de lo injusto.*

Rancièr delimita entonces una estructura simétrica, pero antagónica al estado de excepción: el desacuerdo. La parte de los sin parte es la relación antagónica con la decisión que diferencia quiénes están incluidos y quiénes excluidos de la comunidad política cualificada y funda un nuevo orden de participación de lo sensible. Y esto *para gran escándalo de la gente de bien.*

Desde Platón en adelante, se produce la asociación entre *demos* y *doxa* (la mera opinión, por oposición al conocimiento cualificado: *episteme*). La mera opinión sería ese espacio de indeterminación entre la *episteme/logos* y la *phoné*. El *demos* es el gran animal, apaciguado o azuzado por los retóricos y sofistas, respondiendo con aclamaciones o reprobaciones (*phoné*):

Es así como, para gran escándalo de la gente de bien, el *demos*, el revoltijo de la gente sin nada, se convierte en el pueblo, la comunidad política de los atenienses libres, la que habla, se cuenta y decide en la Asamblea. Para el inventor de nuestra filosofía política, Platón [...] Pueblo no es más que la apariencia producida por las sensaciones de placer y de pena manejadas por retóricos y sofistas para acariciar o espantar al gran animal, la masa indistinta de la gente sin nada reunida en la Asamblea. (1996: 23)

La facticidad democrática, es entonces, fundadora de la política: *la irrupción de la vida en la comunidad política*. Hay política y no simplemente dominación, o policía, porque el *demos* (en sus distintas figuras históricas), es la parte del todo, es la parte de los sin parte. La política existe cuando el orden natural de la dominación es interrumpido.



pido por la institución de una parte de los que no tienen parte. Al margen de esta institución fundada en el desacuerdo, no hay política. Hay el orden de la dominación, o hay el desorden de la revuelta. El desacuerdo es la irrupción de la vida oprimida en la comunidad política, el reclamo de humanidad y civilidad. Es la estructura antagónica fundamental de la excepción soberana.

Así como el partido de los pobres funda, por el desacuerdo, la política, el partido de los ricos es la negación de la política: no hay una parte de los que no tienen parte, están fuera de la ciudad, son *nuda vida*. La política es la esfera de actividad de un común que no quiere y no puede ser sino litigioso, la relación entre partes que no son partidos y cuya suma nunca es igual al todo. Se basa y se funda en la facticidad democrática, en la contingencia última de todo orden político.

La filosofía de Platón y Aristóteles, quiere restablecer el orden de la participación sensible basándose en un reparto geométrico que equivaldría al bien común, donde cada parte obtiene lo que le corresponde y se funda la justicia como virtud. Pero esta pretensión es puesta en entredicho por una igualdad que suspende la aritmética sin fundar ninguna geometría. Se trata de la igualdad de cualquiera con cualquiera, la contingencia del orden social, que rompe la *Arque*, es la anarquía.

Antes que el *logos* que discute sobre lo justo y lo injusto está el *logos* que ordena y que da derecho a ordenar. Unos mandan y otros obedecen. Pero *para obedecer una orden, primero hay que comprenderla, segundo, hay que comprender que hay que obedecerla. Y para hacer esto ya es preciso ser igual a quien nos manda. La contingencia última del orden humano es que la desigualdad sólo es posible por la igualdad.*

El esclavo es precisamente quien tiene la capacidad de comprender un *logos* sin tener la capacidad del *logos*: es quien participa en la comunidad del lenguaje sólo en la forma de la comprensión (*esthesis*) que le permite la obediencia, no de la posesión (*hexis*). Entiende el lenguaje pero no posee el habla, según Aristóteles: «Así que es esclavo por naturaleza el que puede depender de otro (por eso, precisamente, es de otro) y el que participa de la razón (logos) en tal grado como para reconocerla, pero no para poseerla» *Política*, I, 1254b, (1986: 48).

Los clásicos delimitan de forma restrictiva y despectiva esta igualdad secreta de cualquier cuerpo hablante con cualquier cuerpo hablante y la distorsión que ella provoca: Platón en el libro IV, 434c de



La República, en el momento de definir la verdadera justicia, sostiene que esta excluye la posibilidad del disenso: esa confusión de las partes «causaría a la ciudad el mayor de los prejuicios y con justa razón se considera el crimen capital». De la misma forma que, como nos recuerda Giorgio Agamben, el derecho romano arcaico atribuía el carácter de *sacer* a aquellos hombres que borraban los límites (físicos o simbólicos) de la ciudad.

Este desacuerdo que funda la política desmiente, para Rancière, a través del reconocimiento de la facticidad democrática —es decir, la igualdad básica de cualquiera con cualquiera—, la oposición entre *logos* y *phoné* como una estrategia del poder, tan antigua como la política en la cultura occidental. Desde los textos fundadores de Platón, en el libro VI de *La República*, la metáfora del *demos* como un gran animal que es exaltado o apaciguado por los demagogos, se ha repetido de distintas formas y sirve para rechazar hacia la animalidad a esos seres parlantes que instituyen la perturbación en el *logos*, a través de la mera *doxa*.

La partición de lo sensible, busca fijar la distribución simbólica de los cuerpos que los divide en dos categorías, aquellos a quienes se ve y aquellos a quienes no se ve, aquellos de quienes hay un *logos* —una palabra conmemorativa, la cuenta en que se los tiene— y aquellos de quienes no hay un *logos* —quienes hablan verdaderamente y aquellos cuya voz, para expresar placer y pena, sólo imita la voz articulada—, aquellos que argumentan y aquellos que hacen ruido. Pero la política se define como desacuerdo frente a esa división simbólica. «Hay política porque logos no es meramente la palabra sino la cuenta en que se tiene esa palabra» (Rancière, 1996: 37).

En 1829, Pierre Simon Ballanche, publica en la *Revue de París* una serie de artículos: «Fórmula general de la historia de todos los pueblos aplicada a la historia del pueblo romano». En ellos recupera el relato del historiador romano Tito Livio sobre la revuelta de los plebeyos contra los patricios.³³ La secesión de estos últimos hacia al

³³ La partición de lo sensible, la división entre patricios y plebeyos era tajante. Desde el punto de vista del espacio topográfico de la ciudad, ellos habitaban los barrios de la Roma nueva: Quirinal, Viminal, Aventino, Capitolio, Velabro, por oposición al viejo Septimontio patricio y fuera de la ciudad, al patriciado rural. Por su origen eran extraños a la ciudad, salvo por el vínculo del trasplante forzado a raíz de la conquista o anexión,



Monte Aventino (494 a.C.), adonde es enviado como embajador por los patricios Menenio Agripa.

Pero Ballanche va más allá del historiador latino, reprocha a este su incomprensión del acontecimiento, que es reducido a una revuelta que expresa ira y resentimiento, y la sitúa en su verdadero contexto interpretativo: el del desacuerdo. *Toda la cuestión es saber si existe un escenario común donde patricios y plebeyos puedan discutir algo, o sea, si la partición de lo sensible puede ser puesta en entredicho.* Los patricios intransigentes sostienen que:

no hay motivo para discutir con los plebeyos, simplemente porque estos no hablan. Son seres sin nombre, privados de logos, de inscripción simbólica en la ciudad. Viven una vida puramente individual que no transmite nada sino la vida misma, reducida a su facultad reproductiva. (Rancière, 1996: 38)

Por lo tanto, para los patricios, no hay espacio común ni código compatible con los privados de lenguaje y de nombre.

Al enviado Menenio Agripa se le atribuye ser víctima de algo así como un desvarío o espejismo:

Poseen la palabra como nosotros, se atrevieron a decir a Menenio! [...] no supo responderles que tenían una palabra transitoria, una palabra que es un sonido fugitivo, una especie de mugido, signo de la necesidad y no manifestación de la inteligencia. Están privados de la palabra eterna que era en el pasado y será en el porvenir. (1996: 38)

Este veredicto no refleja solamente la ideología, el empecinamiento o el cinismo de los dominadores. Expresa el orden de lo sensible que organiza su dominación.

Frente a ellos, los plebeyos del Aventino instituyen otro orden, otra división de lo sensible al constituirse como seres capaces de len-

o migrantes que buscaban trabajo en Roma para ejercer su oficio. Eran meros habitantes. «Excluida de la ciudad, la plebe no tiene nada en común con ella, ni desde el punto de vista político, ni civil, ni aún religioso» (Sánchez Viamonte, 1962: 170-171).



guaje, se conducen como seres con nombre, designan representantes que a partir de entonces serán sus tribunales, invocan sus propios dioses y oráculos, proyectan un desacuerdo productivo e innovador sobre el reparto: «Al organizar otro espacio sensible [...] se comprueba que los plebeyos hablan como los patricios y que la dominación de éstos no tiene otro fundamento que la pura contingencia de todo orden social» (1996: 40).

El movimiento social y democrático moderno como vector de politización de la *nuda vida*

Como vemos, esta interpretación de la política como fundada a partir del desacuerdo, se sitúa en un caso límite visto desde el reverso de la perspectiva cratoscéntrica del poder soberano. El desacuerdo expresa la irrupción intempestiva de la vida excluida distorsionando el orden de los repartos del poder y la palabra, reclamando una nueva partición de lo sensible. Desplazando radicalmente la perspectiva desde arriba hacia abajo, desde el punto de vista del poder a una mirada *ex parte populi*.

Esta lógica de desacuerdo, de establecimiento de la parte litigiosa de los que no tienen parte, de la innovación en el reparto de lo común y de lo propio que es inherente a la política, narra Rancière (1993), se radicaliza en el movimiento social moderno, en sus diversas expresiones surgidas de las relaciones de clases sociales, de género.

Basta citar dos ejemplos referidos por este autor, el primero es el narrado por Edward P. Thompson, en *La formación de la clase obrera inglesa*, se trata del simple acto de constitución de la Sociedad de Correspondencia en 1792, en Londres, en la taberna de La Campana, en Exeter Street, fundada por nueve trabajadores: Thomas Hardy y sus amigos «bienintencionados, juiciosos y laboriosos» que, entre el humo de las pipas y el entrecuchar de las jarras de cerveza, compartían la convicción de que toda persona adulta en posesión de la razón, tenía el derecho, como cualquier otro, de elegir a sus representantes al Parlamento.

Durante cinco noches consecutivas se preguntaron y discutieron

¿Tenemos derecho nosotros, hombres de oficio, tenderos y trabajadores manuales a conseguir una reforma parlamentaria que permita a toda persona adulta, en posesión de sus facultades mentales, y que no esté incapacitada por delitos, tener derecho de votar para escoger a miembros del parlamento?³⁴

Después de un prolongado debate decidieron que *tenían derecho*. Nada de esto parece demasiado inusual visto desde nuestra perspectiva actual. Sin embargo, dice Rancière, es la herejía del movimiento social y democrático moderno la que se estaba declarando. La ruptura de las referencias simbólicas del orden político se produce al mismo tiempo que se constituye este nuevo sujeto social, que como sabemos, será conocido como el cartismo, antecedente fundamental de la organización política de la clase trabajadora en Inglaterra y referente de la lucha por la universalidad del sufragio y la dignidad humana en la relación de trabajo.

Esa ruptura se explica por tres proposiciones fundamentales: en primer lugar, la igualdad: un hombre cuenta tanto como otro, el orden de los seres hablantes es exclusivo de toda exclusión, dada la igualdad de cualquiera con cualquiera. En segundo lugar, la ilimitación del número de miembros de la «Sociedad» recién constituida. Es pura negación de la exclusión. En tercer lugar, el medio adoptado, la forma de la palabra y el vínculo elegido, la correspondencia para comunicar y multiplicar el reclamo, dirigida a cualquiera, que establece la comunidad entre los presentes y los ausentes. Un nuevo sujeto entonces, que al constituirse altera, dadas su igualdad e ilimitación, el orden de los repartos de lo común y de lo propio, planteando la parte litigiosa de los que no tienen parte (1993: 113-114). Y debemos agregar, por último pero en absoluto menos importante, que lo hace en la forma del discurso que *exige derechos*.

Otro ejemplo que nos propone Rancière de los orígenes del «movimiento democrático y social moderno», esta vez en su vertiente fe-

³⁴ Esta versión de la célebre introducción de E. P. Thompson a su *Historia de la Clase Obrera en Inglaterra*, la tomamos del libro de Herrera Flores, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, 2005, p. 29.4

ministra, es el de Olympe de Gouges y sus compañeras.³⁵ Luchaban, en plena revolución francesa y disolución del orden monárquico absolutista, contra la tendencia patriarcal que las confinaba al espacio privado doméstico, de cuidado de los maridos y los hijos. En el antiguo régimen, las mujeres estaban excluidas de todos los derechos. El título de «ciudadano» era privativo de los varones de las clases adineradas. Las mujeres, las niñas y niños y los sirvientes, se identificaban por su pertenencia a la familia de un ciudadano.

Una vez producida la revolución, en la que las mujeres tuvieron un protagonismo importante en los acontecimientos de movilización popular, pelearon por la abolición de la esclavitud, por la inclusión de las mujeres en los procesos de decisión políticos, por el derecho al divorcio que posibilitara salidas decentes a las uniones insatisfactorias entre mujeres y hombres, y por los derechos de los niños.

Su obra más conocida es la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*, redactada por Olympe, reverso crítico de la célebre *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, en el que se exige el reconocimiento de la situación específica de las mujeres en el nuevo orden republicano, su derecho a la propiedad de sí mismas y a la búsqueda de su felicidad, a la igual garantía de los derechos de las mujeres solteras, e incluso el derecho de resistencia femenino contra la opresión patriarcal.

³⁵ La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada hace 220 años en plena efervescencia revolucionaria en Francia, llevó a la francesa Olympe De Gouges a redactar la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, al considerar que la primera excluía a las mujeres. «La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos». Este enunciado, que encabeza el texto redactado por De Gouges en 1791, resume en gran medida las nacientes ideas y luchas de las mujeres durante la Revolución de 1789. Es una réplica al primer enunciado de la Carta de 1789, que consagra los principios de igualdad de todos los varones y sus derechos políticos. Olympe de Gouges nació el 7 de mayo de 1748, y al quedar viuda en 1765, se dedicó a la literatura. Fue actriz y dramaturga. Esta apasionada activista que abrazó la causa de la Revolución, y que defendió los derechos de las mujeres, no dudó en hacer públicas sus diferencias con muchos de los actos de los jacobinos en el poder. Rechazada y calumniada, su osadía de criticar abiertamente el carácter patriarcal de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, constituyó el primer peldaño a la guillotina en 1793. Ver De Gouges, Olympe, *Declaración de los Derechos de la Mujer y Ciudadana*. En: www.cimacnoticias.com. Consulta: 31 de julio de 2007.

Su muerte fue premonitoria. El célebre artículo x de la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, dice claramente: «la mujer tiene derecho de subir al patíbulo; igualmente debe tener el derecho de subir a la tribuna». Más allá del trágico destino de Olympe, *este silogismo muestra que la oposición de la vida desnuda al poder, es ella misma, dice Rancière, en tanto expresión del desacuerdo, politizable*.³⁶ Aquí se muestra el reverso simétrico a la estructura de la excepción soberana de Agamben, se trata de un caso límite que sin embargo se produce desde la irrupción de una vida desnuda que lucha por el reconocimiento de su especificidad, de su corporalidad en situación.

La reivindicación de pertenencia a la esfera pública de las mujeres, irrumpe distorsionando la relación entre vida desnuda y ciudadanía, ya que las mujeres fueron excluidas de los derechos del ciudadano en nombre de la división entre la esfera pública y la privada: Olympe de Gouges da vuelta el argumento basándose en la tesis, no exenta de crítica ironía, que hace del castigo un «derecho» del culpable: si las mujeres «tienen el derecho de subir al cadalso», si un poder revolucionario puede condenarlas a morir, «es porque su vida desnuda misma es política. La igualdad de la sentencia de muerte revoca la evidencia de la distinción entre vida doméstica y vida política» (2006: 88).

La biopolítica «ex parte populi» de Jacques Rancière

El proceso democrático y los movimientos que lo impulsan por medio de la productividad de sus desacuerdos, consiste, para Rancière, en este potencial desplazamiento continuo de los límites de lo público y lo privado, de lo político y lo social que pretenden fijarse por medio de la partición de lo sensible. *La vida desnuda muestra en esos acontecimientos y en esa posibilidad su carácter político*.

³⁶ El texto completo del artículo x de la Declaración de Olympe: «Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aún las fundamentales. La mujer tiene el derecho de subir al cadalso, debe tener igualmente el de subir a la tribuna con tal de que sus manifestaciones no perturben el orden público establecido por la ley» (Rancière, 2006: 87).

Rancière abre el sentido del término *logos* como lenguaje, igualdad de cualquiera con cualquiera, cuenta geométrica y muestra toda pretensión de exclusión de los cuerpos parlantes de la ciudad humana, toda línea divisoria entre animalidad social y animalidad política de los seres humanos, como una partición arbitraria de lo sensible, como una *retórica de dominación*. Por lo tanto, es en la distancia del *logos* consigo mismo donde habita la zona de indiferencia en la que emerge la facticidad democrática y el desacuerdo, la contingencia de todo orden social, la igualdad de cualquiera con cualquiera que distorsiona el reparto, es decir, *el reverso exacto del estado de excepción, ya que supone siempre la irrupción de la vida en común reclamando su plenitud*.

En síntesis, Rancière nos muestra que *la política es el conflicto primordial acerca de la existencia de un escenario común y la calidad de quienes están presentes en él*. Es condición previa al espacio público de Arendt o la situación ideal de comunicación de Habermas y por eso mismo, es el reverso del estado de excepción por el que la vida irrumpe en la comunidad política.

En ese sentido, Rancière merece su ubicación entre los teóricos de la política entendida como *conflicto*. Pero lo interesante de su perspectiva es el intento de mostrar que la democracia, más que un método de elección de representantes o de ingeniería de gobierno, debería significar la apertura a las alternativas de sociedad que se expresan por la productividad innovadora de los movimientos sociales que impulsan el *desacuerdo*. Desacuerdo sobre el reparto del poder y de la palabra, o en sus propios términos, la «partición de lo sensible», que permanece latente y se manifiesta de vez en vez, en nuevas formas, en tanto dicha partición es, más allá de todas sus justificaciones trascendentes, contingente e inmanente a la historia.

SEGUNDA PARTE

Derechos

CAPÍTULO V

Legitimidad y legalidad en el paradigma garantista del estado de derecho

Uno de los grandes temas problemáticos contemporáneos que hacen a la relación entre política y derecho ha sido, y es, el interrogante de si es posible la legitimidad del poder a través del ejercicio jurídico de la legalidad del derecho.

A esta pregunta se han dado distintas respuestas pero la que ha marcado tendencia y escuela, en las teorías sociopolítica y jurídica, respectivamente, ha sido sin duda, la sostenida por Max Weber y Hans Kelsen. Estos clásicos, cada uno desde su perspectiva, han dicho que *los poderes políticos contemporáneos tienen una tendencia a legitimarse a través del ejercicio jurídico del poder*, es decir, que tanto en el título por el cual acceden al poder, como en el ejercicio del poder de acuerdo a los límites y a los vínculos que establece la legalidad, la legitimidad del poder moderno se transforma en una legitimidad formal, atada a los mecanismos procedimentales del estado de derecho.

En ambos casos, la respuesta es afirmativa: es posible la legitimidad a través de la legalidad en tanto y en cuanto, el ejercicio del poder

y el acceso al mismo, se realicen de acuerdo a un orden jurídico positivo que establece *quién puede gobernar y cómo debe hacerlo*.

El objetivo de este trabajo es volver a examinar el interrogante desde la teoría del *garantismo jurídico* de Luigi Ferrajoli. Es decir, examinar la virtualidad no sólo jurídica, sino también política, de dicha teoría para fundar la legitimidad del estado de derecho. Esta premisa exige analizar el concepto mismo de dicho estado de derecho desde la perspectiva garantista y más aún, sus condiciones de posibilidad frente a la crisis y las mutaciones que estamos experimentando en las nociones de estado y derecho contemporáneamente. Especialmente a la luz del fenómeno denominado usualmente como «globalización».

Cabe aclarar, que con el término garantismo se reproduce el fenómeno de la polisemia de los conceptos políticos. Pese a la relativamente breve historia del mismo, si lo comparamos con conceptos políticos clásicos pero actuales, como por ejemplo, «democracia», creo que pueden ya registrarse cuatro usos del significante «garantismo».

En un sentido amplio y vulgarizado, se utiliza la expresión «garantismo jurídico», o «garantismo penal» en el debate actual sobre la seguridad en Argentina y América Latina.

Se denominan posiciones «garantistas» en general, a aquellas que enfatizan que las causas del aumento de la criminalidad tienen que ver con condiciones sociales injustas y que aumentar la represividad de los sistemas penales, dificultar el ejercicio de ciertas garantías procesales, aumentar las penas constituye una política difícilmente justificable.

Desde esta postura esa política criminal descansaría nada más que en paliativos en el corto plazo que atacan los efectos sociales generados por causas más profundas, y ello sin necesidad de haber leído, ni de conocer la doctrina elaborada a propósito de las garantías jurídicas del derecho penal en su opera prima: Derecho y razón (Ferrajoli, 1995: 991). Por lo tanto, en este sentido el garantismo tendería a la minimización y racionalización del ejercicio del poder punitivo del estado.

Luego están los sentidos que el propio creador, le atribuye al término. El primero, que estaría en la antípoda de la escala de especificidad y concreción, respecto al anterior: habla de «garantismo» como modelo normativo del derecho penal, es el sentido que tienen algunas de las obras de Luigi Ferrajoli, especialmente toda la parte primera de *Derecho y razón* (1995: 33-848), y todo el amplísimo debate que sus

posiciones han generado entre los cultores doctrinarios y los operadores jurídicos prácticos de esa rama del derecho.³⁷

El segundo sentido que Ferrajoli imputa a la teoría garantista, constituye una teoría crítica del derecho, en términos de una exigente definición de la validez y sus relaciones con la vigencia y la eficacia jurídica. Y que se basa en el enjuiciamiento crítico de la divergencia entre deber ser y ser *en* el derecho, entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes. Es decir, se mantiene en el punto de vista interno al orden jurídico.

La tercera acepción ferrajoliana (que es la cuarta y última en el inventario que propongo), designa una filosofía política, al mismo tiempo que una crítica externa del funcionamiento del derecho y del estado de derecho, a los que impone la carga de la justificación externa de su legitimidad. Se trata de la tensión entre ser y deber ser *del* derecho. Este significado del garantismo entronca, en los términos del propio Ferrajoli, «con el pensamiento ilustrado y de la ‘ciencia de la legislación’ por él elaborada en los orígenes del moderno estado de derecho; y es común, por otra parte, a toda perspectiva no conservadora, sea reformista o revolucionaria» (1995: 853). Ferrajoli postula el principio democrático de que el estado y el derecho, en tanto que construcciones artificiales, tienen su razón de ser y su fundamento en la satisfacción de los valores «prejurídicos», como son los intereses y las necesidades individuales y colectivas.

El punto de vista externo es el «de abajo», o *ex parte populi*, frente al que homologa o disuelve la distinción entre punto de vista interno y externo (sea en nombre de algún iusnaturalismo, sea en nombre del positivismo vulgar), que es formulado «desde arriba» y *ex parte principii* (1995: 854). Las diversas doctrinas políticas autoritarias que

³⁷ Se trata de un modelo penal de «estricta legalidad [...], que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar [...] de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema» (Ferrajoli, 1995: 852).



eliminan el punto de vista externo de legitimación o lo calcan del punto de vista interno, tienen en común el carácter autoritario y la autofundamentación y la autojustificación del derecho y el estado como valores y fines en sí mismos.

Dada la índole del interrogante planteado: ¿cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad desde la perspectiva garantista? Nos interesa hablar de garantismo en los dos últimos sentidos, como un paradigma crítico que tiene consecuencias políticas muy importantes³⁸ y que está estrechamente vinculado con las preocupaciones que entran dentro del campo de análisis del Derecho Político.

Entendiendo que la forma de vincular política y derecho propia de esta disciplina, no tiene un sentido neutro o avalorativo, sino muy por el contrario, con un sentido crítico, presente desde sus orígenes, y que radica en el examen de las condiciones de posibilidad de una política (o mejor, unos poderes sociales), que tienen límites y que deben estar vinculados en su ejercicio, a lo que las normas jurídicas constitucionales establecen en cuanto al contenido y en cuanto a las formas de las decisiones políticas. Es decir, lo que me interesa es, fundamentalmente, analizar cuáles son los alcances y los límites de un planteamiento de tipo garantista en un momento de crisis de legitimidad del estado constitucional, democrático y social de derecho.

Biografía intelectual: búsqueda de un paradigma jurídico crítico que al mismo tiempo conserve la pretensión de cientificidad

Nacido en Florencia en 1940, Luigi Ferrajoli ha ejercido como juez entre 1967 y 1975. Desde 1970 es profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho en la Universidad de Camerino. Ferrajoli aparece, a principios de los años setenta, vinculado con un

³⁸ Por eso me refiero a las obras de Ferrajoli que tienen este contenido político, especialmente lo que él llama la Teoría General del Garantismo, que desarrolla en la quinta parte de su obra más importante que es *Derecho y Razón* y que amplía en sucesivas obras posteriores.

movimiento que tuvo mucho predicamento dentro de los operadores jurídicos italianos el llamado «Movimiento del Uso Alternativo del Derecho» en Italia, algunos de cuyos más conocidos integrantes como Pietro Barcellona, Giuseppe Coturri, Salvatore Cenesse, integrarían también la agrupación de jueces «Magistratura Democrática», son juristas vinculados a la defensa de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción en general.

Por esos años, el aparato conceptual que utilizaban todos estos juristas era la crítica marxista del campo jurídico, había que interpretar el derecho a favor de las clases trabajadoras y populares de la sociedad. Partían de la certidumbre de que el derecho no era neutro, sino que respondía a determinados intereses de clases y, que por lo tanto, los jueces democráticos debían interpretar el derecho a favor de los más débiles. Para ello además, contaban con el reconocimiento jurídico de la centralidad social del trabajo asalariado declarado en la constitución italiana de postguerra, denominada expresamente como «república democrática y social de los trabajadores».

Sin embargo, el traslado del conflicto de clases directamente al interior del campo del derecho iba a empezar a experimentar límites de difícil superación en los marcos teóricos y prácticos de los juristas alternativos. En primer lugar, si el derecho en tanto que práctica, como toda relación social, se transformaba en un escenario más de los antagonismos sociales, se perdía toda pretensión de un horizonte de generalidad, agregación de intereses y superación institucional de los mismos. En segundo lugar, y como corolario lógico del anterior, planteadas las cosas así, era mucho más factible que los operadores jurídicos, dadas las inercias de su formación e intereses sociales, se inclinaran por el uso del derecho a favor del poder y del orden establecido.

De todo este grupo de operadores jurídicos, Ferrajoli, profundamente influido por la escuela iusanalítica de la filosofía del derecho italiana,³⁹ y por el positivismo jurídico, fue tal vez el que más se pre-

³⁹ El ensayo de Norberto Bobbio de 1950, «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», aparecido por primera vez en la *Revista trimestrale de diritto e procedura civile*, –que fuera luego varias veces reimpresso– es considerado el manifiesto fundacional de la escuela iusanalítica italiana. Ver Scarpelli, 1976, pp. 451-487 y Barrere Unzueta, 1990.

ocupó por dar sistematicidad y coherencia a una teoría jurídica epistemológicamente bien fundada, pero que al mismo tiempo mantuviera sus postulados críticos.

La filosofía iusanalítica italiana, basada en la aplicación al mundo jurídico de la filosofía del lenguaje de Wittgenstein, hacía también suyos los postulados del empirismo lógico y del positivismo jurídico de Hans Kelsen. Sus iniciadores en los años cincuenta fueron Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli. Los objetivos iniciales de esta tendencia iusfilosófica eran: a. construir una metateoría o epistemología jurídica, un conocimiento de la teoría del derecho y del estatuto científico de sus conceptos, b. el análisis (empírico/descriptivo) del uso del lenguaje de los operadores jurídicos en la construcción de conceptos legales y jurisprudenciales, con el fin de erradicar la ambigüedad, las incoherencias y las lagunas del orden jurídico. En ambas pretensiones la escuela receptaba los postulados kelsenianos de *neutralidad valorativa* de la teoría jurídica y de sistematicidad, completitud del orden jurídico, respectivamente. Pero actualizaba los instrumentos metodológicos a través del análisis del lenguaje jurídico, tanto teórico como práctico.

Pero, la crisis de esta escuela se hizo evidente a principios de los años setenta. Varios fueron los factores que incidieron en ella:

a. En primer lugar, la crisis de la noción de neutralidad valorativa del derecho y de pureza de la teoría jurídica. Aquí el aspecto negativo de la crítica de los alternativistas del derecho tuvo un efecto corrosivo. La constatación de que los conceptos de los legisladores, jueces y operadores jurídicos en general están profundamente influidos por valoraciones y por lo que genéricamente se puede llamar «una política del derecho», hizo que las aguas se dividieran entre quienes cayeron en una especie de realismo positivista por el que los fundamentos del derecho eran en última instancia exteriores al mismo (no hay que olvidar que el propio Norberto Bobbio empieza a interesarse mucho más por la teoría política, pasando de hecho a ser catedrático de dicha disciplina en la Universidad de Turín, en 1972), y quienes continuaron postulando y practicando la filosofía del derecho como conocimiento de segundo nivel, analítico y descriptivo del uso del lenguaje por parte de los operadores jurídicos, como es el caso de Uberto Scarpelli.

b. La pretensión de completitud, coherencia y sistematicidad del orden jurídico se ve afectada por la historicidad del derecho, que es un constructo artificial,

un mundo de signos producidos por actos lingüísticos expresados por actores institucionales (legisladores, jueces y funcionarios) y de significados asociados a ellos por los intérpretes, sean éstos operadores jurídicos o juristas. (Ferrajoli, 2000: 32-33)

Este carácter artificial e histórico del derecho, se visualiza mejor en coyunturas de crisis de legitimidad como la de principios de los años setenta en Italia, no por casualidad contemporánea de la emergencia del Uso Alternativo del Derecho y de la crisis de la filosofía iusanalítica italiana. Esa crisis de legitimidad, es también y al mismo tiempo, crisis de los fundamentos de la legalidad.

c. Para que esta teoría italiana del derecho iusanalítica, pudiera satisfacer sus exigencias epistemológicas debía influir sobre la práctica (el uso y la construcción de conceptos jurídicos) de los operadores (legisladores, jueces, funcionarios), lo que no consiguió. La autonomía y la distancia del ejercicio jurídico respecto a la teoría nunca fueron superadas. Los juristas siguieron practicando su «arte» con independencia de las prescripciones acerca de cómo sistematizar y reducir la ambigüedad del derecho positivo, emanadas desde la academia.⁴⁰

En este panorama, Ferrajoli traza una ruta de navegación que intenta hacerse cargo y superar las debilidades del paradigma analítico positivista y del uso alternativo del derecho, manteniendo al mismo tiempo sus compromisos tanto con el positivismo jurídico, como con una interpretación crítica y comprometida del papel social del derecho y sus profesionales.

En esa tesitura produce, en 1970, una obra poco conocida en la Filosofía del Derecho argentina y latinoamericana, pero que está profundamente influida por la escuela analítica y la teoría del lenguaje de Wittgenstein, que es la *Teoria Assiomatizzata del Diritto* (1970).

En esta obra, Ferrajoli desarrolla un armazón lógico, una argumentación en términos de lógica jurídica que le permite, posteriormente, construir la teoría del garantismo discutiendo con la teoría

⁴⁰ Como explica el propio Ferrajoli: «Los juristas, salvo pocas aunque significativas excepciones, han ignorado generalmente los métodos sugeridos por la filosofía analítica y, cerrados en su tradicional aislamiento cultural, han continuado defendiendo la autonomía incluso metodológica de sus disciplinas» (2000: 41).



pura del derecho de Hans Kelsen, la teoría de derecho de Hart, o el positivismo jurídico de Norberto Bobbio, dentro de su propio terreno, pero manteniendo al mismo tiempo los postulados críticos de un derecho garantista, ahora epistemológicamente mejor fundado en una teoría crítica del derecho, que mantiene su principio de no neutralidad valorativa.

El concepto iusfilosófico fundamental, a través del que Ferrajoli consigue mantener esas exigentes pretensiones teóricas, no es otro que el de la *validez jurídica*. Según la concepción prevaleciente acerca de la misma entre los máximos expositores del positivismo (Kelsen, Hart, Bobbio), la validez de las normas se identifica, independientemente de su contenido, con su existencia. O sea, su pertenencia a un cierto orden jurídico, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción de ese mismo ordenamiento. Estas normas, de jerarquía superior (la imagen piramidal del derecho donde las normas inferiores derivan su validez de las superiores), establecen las competencias y los procedimientos para crear otras normas de menor generalidad. Estas últimas se presumen válidas y vigentes si han sido sancionadas por el órgano competente y el procedimiento previsto en las normas de la escala o grado superior.

Sin embargo, para Ferrajoli este concepto de validez formal es insuficiente para comprender el derecho sobre la producción del derecho, que en las sociedades contemporáneas incorpora las exigencias del constitucionalismo, vinculantes para los legisladores, los gobernantes, los funcionarios y los jueces. Más allá de la mera idea de legalidad formal, el constitucionalismo supone una pretensión de validez sustancial, vinculante para los contenidos de las normas subconstitucionales.

En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de las normas –habitualmente establecido en nuestros ordenamientos con rango constitucional– no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. (1999: 15 y ss)

De esta manera, según Ferrajoli, una norma (por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad), por más que tenga existencia formal o vigencia, por haber sido creada por el órgano competente y el procedimiento prescripto, puede ser inválida y como tal susceptible de anulación por su *incoherencia* con los contenidos prescriptos a nivel constitucional.

Esta contradicción fue o intentó ser resuelta en el paradigma positivista legalista (o «paleopositivismo» en términos de Ferrajoli), por medio de una presunción de validez formal que incluía los principios de que la ley posterior deroga tácitamente a la anterior y de la prevalencia de las leyes especiales sobre las generales. Admisible entre normas de igual jerarquía, esta solución no resulta posible en caso de conflicto entre normas constitucionales y normas legales, no superable por vía interpretativa, sino sólo a través del «filtrado constitucional» de las normas inferiores y su declaración de inconstitucionalidad, sin la cual la contradicción permanece junto a la existencia de normas inválidas (2000: 44).

Esta concepción «paleopositivista» de la validez jurídica constituye una grave confusión de las formas con el contenido de las normas jurídicas, que ha desarmado al positivismo jurídico acríptico frente a la arbitrariedad del poder que fija los contenidos del derecho. En realidad y en esencia, el Estado de Derecho ha sido y ha de seguir siendo, una continua construcción de técnicas de garantías que suponen una doble sujeción del derecho al derecho, y del poder al derecho.

Al decir del propio Norberto Bobbio (en el prólogo de *Derecho y razón*), esta operación ferrajoliana traslada la tensión entre derecho positivo y derecho natural al interior del ordenamiento jurídico positivo y del estado de derecho, ahora como tensión entre ser y deber ser del derecho positivo mismo (Ferrajoli, 1995: 17). Y esto, por medio de una concepción exigente de validez que debe entenderse en su dimensión sustancial: coherencia con respecto a los contenidos prescriptos por las constituciones y validez formal, es decir, vigencia y existencia por haber sido creadas las normas subconstitucionales de acuerdo al órgano, su esfera de competencia y los procedimientos prescriptos por la constitución.

Lo que debe presumirse del orden jurídico es su carácter congénitamente incoherente e incompleto, y por lo tanto regularmente sometido a grados importantes de invalidez, en tanto el derecho es como



vimos, una construcción humana y artificial imperfecta, pero por eso mismo, perfectible. De ahí que la teoría y práctica del derecho tenga un doble aspecto, empírica-descriptiva del ser del derecho en cuanto a su validez sustancial y formal, y crítico-proyectiva en cuanto intenta cerrar la brecha entre ser legal y deber ser constitucional en el derecho por medio de la aplicación y creación de las correspondientes técnicas jurídicas de garantía. Así se desprende que el derecho sea concebido también y consecuentemente como un sistema de garantías.

De esta forma, el Garantismo Jurídico constituye una perspectiva crítica de las Ciencias Jurídicas, que viene a agregarle a la racionalidad formal de Kelsen y Weber una racionalidad material que tiene que ver con los contenidos, principios, valores y derechos que están en el ideario del Estado constitucional, democrático y social y que han sido positivizados en las constituciones contemporáneas.

La argumentación garantista va a tener consecuencias en cuatro aspectos teóricos fundamentales.

En primer lugar, y por todo lo ya adelantado, en la teoría del Derecho y del Estado de Derecho; en segundo lugar, en la comprensión de los derechos fundamentales y la teoría política de la democracia; en tercer lugar, en todo lo que tiene que ver con la interpretación de la Ley y el papel de los Jueces y, en cuarto lugar, en la construcción de una filosofía político-jurídica crítica, con notables implicancias prácticas en cuanto a la responsabilidad social y pública de los operadores jurídicos.

Solamente después de recorrer este itinerario por los ítems principales del garantismo en tanto que teoría jurídico-política, y de examinar su diagnóstico a propósito de la crisis contemporánea del estado de derecho, estaremos en condiciones de responder al interrogante planteado en este trabajo ¿cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad desde una perspectiva garantista?

El punto de vista externo: el garantismo como teoría heteropoyética del Estado y del Derecho

Desde el punto de vista filosófico-político, el garantismo se ubica entre aquellas teorías para las que el derecho y el estado se justifican solamente como males menores, como instrumentos de realización de los derechos fundamentales.

A diferencia de las teorías del estado-fin, autorreferenciales, para el garantismo el estado es un mal necesario que encuentra justificación fuera de sí mismo en los derechos fundamentales de las personas. El garantismo permite la crítica y deslegitimación externa de las instituciones, al partir de la separación y no confusión entre los pares derecho y moral, validez y justicia.

La opción garantista se opone a la auto-justificación del estado y del derecho como valores en sí, o a su confusión con valores ontológicos y metajurídicos. Por el contrario, sostiene su hetero-justificación como instrumento oneroso de tutela de intereses vitales de los ciudadanos. Se trata, como dice Ferrajoli, de un punto de vista «externo», y «desde abajo»: *ex parte populi*, de la sociedad y las personas que la componen, considerados ellos mismos como fines y valores con respecto a los cuales el estado es sólo un medio instituido para su tutela.

En contraste, deben considerarse «*autopoyéticas*», todas las doctrinas de legitimación desde arriba. Desde las premodernas que legitimaban el poder político en su derivación de entidades metafísicas y metahistóricas, hasta las modernas teorías seculares de cuño idealista o ético positivista, que actualizan, cada una a su manera, la doctrina hegeliana del estado ético.

Todas estas ideologías, asumen el principio de legalidad no sólo como ordenador jurídico interno, sino también como principio axiológico externo, calcando la legitimidad política sobre la legalidad jurídica y confiriendo a las leyes valor en sí mismas (y no sólo validez o vigencia jurídicas), imputado apriorísticamente a su forma (positivismo ético), o peor aún a su fuente (soberano, sea que se atribuya tal carácter al *duce*, al partido, o al pueblo entendido como cuerpo homogéneo y unitario).

Estas doctrinas suelen ir acompañadas de visiones organicistas del estado idealizado como personificación de toda la sociedad y como depósito de «la» racionalidad, valores e intereses sociales. Confunden derecho y moral, ser y deber ser, siendo incapaces de distinguir el punto de vista interno del punto de vista externo, reduciendo la sociedad y las personas al estado: «por ser espíritu objetivo el individuo sólo tiene objetividad, verdad y ética si forma parte de él» (Ferrajoli, 1995: 882).

A conclusiones similares llegan las teorías «realistas» o de la «razón de estado», hasta la contemporánea teoría sistémica de Niklas



Luhmann, quien, en la visión de Ferrajoli, partiendo de una representación del estado como «sistema» y de la sociedad como «ambiente», postula la primacía del primero sobre la segunda, sometiendo al conjunto a una especie de ley biológica: la necesidad que tiene el sistema de dominar su ambiente modificándolo, simplificándolo, y en todos los casos reduciéndolo a sus propias instancias funcionales para sobrevivir y desarrollarse.

La pérdida del punto de vista ético-político externo, independiente y en tensión con el punto de vista jurídico interno, se resuelve en la negación de la legitimidad del punto de vista autónomo de los individuos y las plurales subjetividades sociales, y por consiguiente, en una doctrina de la ausencia de —o la tendencia a— debilitar los límites y vínculos del poder del estado.

Por el contrario, para Ferrajoli, el garantismo comparte un parecido de familia y debe ubicarse entre aquellas teorías que llama heteropoyéticas: en esta perspectiva la legitimación política del estado sólo puede provenir desde afuera y desde la sociedad, entendida como «suma heterogénea de personas, de fuerzas y de clases sociales» (1995: 882).

En sentido genérico y no específico, Ferrajoli atribuye al garantismo el carácter de una teoría política «personalista», pero al mismo tiempo «utilitarista», veamos:

Punto de vista externo o de abajo quiere decir sobre todo punto de vista de las personas. Su primacía axiológica, en consecuencia, equivale a la primacía de la persona como valor, o sea, del valor de la persona, y, por tanto, de todas sus específicas y diversas identidades, así como de la variedad de puntos de vista externos expresados por ellas. (1995: 902)

Por otro lado, el utilitarismo de la perspectiva garantista, estaría dado por la consideración del derecho y del estado como artificios, construcciones creadas por y para las personas:

Lo natural, de por sí, no es el estado y el poder, sino las personas y sus necesidades vitales; mientras que lo artificial, no es la libertad y la vida, sino sus garantías jurídicas y en general los poderes y los deberes instituidos por las normas positivas para tutelarlos y/o limitarlos. (1995: 882)

Los derechos fundamentales o «fundantes» de la razón de ser del estado y del derecho, se constituyen en la modernidad primero a través del iusnaturalismo racional y luego como primacía o *prius* axiológico secularizado, como parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional.

La teoría de los derechos fundamentales y de la democracia en el garantismo

Para Ferrajoli, la igualdad que pregonan el estado de derecho no es una mera igualdad jurídica formal, sino que es una igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales, somos iguales en la medida de que podemos gozar igualmente de los derechos fundamentales. Se configura como un principio de igualdad compleja, que incluye las diferencias personales que hacen a la individualidad y la pluralidad y excluye las diferencias en tanto que desigualdades sociales que obstaculizan la vida, la supervivencia y el desarrollo de la personalidad (1995: 906-907).

Es decir, un principio de igualdad en derechos que corresponden a todos y a todas que protege las diferencias, al mismo tiempo que combate las desigualdades sociales.

Ferrajoli considera fundamentales a todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto personas o ciudadanos con capacidad de obrar; entendiendo, a su vez, como «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones), o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica. El criterio de «universalidad» es entendido por Ferrajoli en sentido formal o estructural, basándose en el carácter universal de su imputación a todas las personas, independientemente de los valores, los intereses y las necesidades que ellos tutelan.⁴¹

Los derechos fundamentales son, entonces, aquellos derechos que pertenecen a todos y a cada uno por igual y que en ese sentido son o

⁴¹ «Entiendo universal en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos» (Ferrajoli, 1999: 18).

tienen una tendencia a la universalidad y, además su carácter fundamental viene dado porque son derechos que deben ser indisponibles para el estado y para el mercado. El estado no puede decidir que no garantiza estos derechos, o que no va a llevar adelante las acciones positivas necesarias para garantizar esos derechos (en el caso de los derechos que exigen dichas acciones, como los económico-sociales).

Estos derechos deben ser indisponibles, en tanto no pueden ser violados ni por el Estado, ni por actores económicos que actúen en el mercado no regulado, y en eso consiste su carácter de «fundamentales»:

estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados. (1999: 39)

Más aún, Ferrajoli se manifiesta en contra de las tendencias generalizadas a confundir los derechos de libertad, es decir, los llamados derechos «de primera generación» —como la vida, la libertad de asociación, de opinión, de circulación, de manifestación, de pensamiento—, con los derechos patrimoniales en general y el de propiedad individual en particular (1999: 46-47).

Si comparamos derechos patrimoniales y derechos fundamentales encontramos las siguientes diferencias sustanciales que impiden mezclarlos en una misma categoría: en primer lugar, los derechos patrimoniales y específicamente el de propiedad individual, no pertenecen a todos y cada uno por igual, sino que son derechos exclusivos; son derechos que se ejercen excluyendo a los demás, *excludendi alios*, esto quiere decir que son derechos que para poder ejercerse tienen que tener una titularidad exclusiva (sea esta individual o colectiva, como en las diversas formas de copropiedad).

Por lo tanto, no son derechos universales, es decir, se puede ser propietario o se puede no serlo con lo cual no se cumple el postulado de igualdad sustancial en derechos.

Una segunda diferencia radica en que los derechos patrimoniales, sean reales o personales, son disponibles, negociables, transables. A diferencia de los derechos fundamentales jurídicamente reconocidos, los patrimoniales pueden acumularse. Los derechos fundamentales,

en cambio, no se cambian ni se acumulan. Son indisponibles en un sentido activo, es decir inalienables para su propio titular y también en sentido pasivo, no son expropiables ni limitables por el estado ni por otros sujetos públicos o privados.

Derechos contra poderes sociales salvajes

La primacía del punto de vista externo, no se manifiesta solamente, a la manera del liberalismo, en una perspectiva negativa o defensiva de la autonomía moral y política de las personas. La función garantista del derecho se manifiesta en forma proyectiva en la minimización del poder, que de otro modo tiende, como dice Montesquieu, a transformarse en absoluto.

Pero aquí también, más allá del liberalismo, esta tendencia no está dirigida solamente hacia los poderes públicos (que se expresan en las arbitrariedades políticas, el clientelismo, los abusos de poder policiales y administrativos), sino también a los poderes privados, tal y como se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación económica y en las múltiples formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal. Se trata de una técnica de maximización del poder y la libertad de las personas y de regulación y limitación de los poderes sociales.

Los poderes sociales salvajes serían el remanente de absolutismo que habita en nuestras sociedades y sistemas políticos en los resquicios del estado de derecho, sea en forma de relaciones sociales no reguladas por el derecho, sea en la forma de relaciones sociales reguladas por lo que Ferrajoli llama la mera legalidad:

El grado de absolutismo que permanece en un sistema político, aun cuando esté organizado en las formas del estado de derecho, está constituido precisamente por los diversos espacios de poder extra-jurídico que se crean en la sociedad civil fuera del derecho o incluso dentro de las instituciones jurídicas, conforme a normas de mera legalidad que confieren poderes en blanco simplemente designando roles: de padre, patrón, dirigente y otros. (1997: 934)



Trazando una analogía con el garantismo penal, Ferrajoli lo propone como técnica de expansión de los derechos fundamentales y de correlativa minimización de los poderes sociales salvajes y las desigualdades de la legalidad estricta. Es decir, la predeterminación de los actos que determinan el legítimo ejercicio de cada poder, así como de sus presupuestos, sus formas y sus efectos.

De esta forma, los derechos y sus garantías se configuran como verdaderos contrapoderes, a través de la ampliación del estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y situaciones de poder. Los poderes desordenados que se desarrollan en su interior son «obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos» (art. 3.2 Constitución de la República Italiana).

El desarrollo de la lógica social y democrática del estado de derecho se recorta contra el horizonte del estado liberal decimonónico, que Ferrajoli llama «paleoliberal», o «liberista», en perspectiva actual.

El estado paleo-liberal, partiendo de la confusión entre libertad y propiedad y entre derechos y poderes, preservó el máximo número de estos ámbitos de la intervención del derecho reservándolos a la «libertad» del ciudadano: sobre todo la fábrica, donde no entraba el derecho; en segundo lugar, la familia, sujeta a la absoluta potestad del padre y, por consiguiente, a las dinámicas de las relaciones internas de fuerza; después los cuarteles, los hospitales, los conventos y todo el abigarrado conjunto de las instituciones totales que formaban, y en parte forman todavía, ordenamientos particulares dentro del ordenamiento general. (1997: 936-937)

Es posible trazar, como vimos, una fenomenología de los poderes sociales salvajes (ver capítulo I). En las relaciones interestatales, a causa de la relativa ineficacia del derecho internacional para responsabilizar a los estados, con la consiguiente carencia de límites normativos y de controles jurisdiccionales, donde sobreviven rasgos de la ley del más fuerte y la lógica de la potencia y la intimidación que se contraponen a la paz, la seguridad y los derechos humanos. Pero también en el plano doméstico en la medida que los estados ejercen grados importantes de arbitrariedad y absolutismo: la discrecionalidad burocrática, la hipertrofia de los gobiernos, las tendencias a la irresponsabilidad jurídica y política.

Estos diversos poderes ilegales y extralegales, de escala micro a macro, nacionales e internacionales a veces se contraponen pero más frecuentemente se articulan formando un entramado de reforzamiento mutuo, desigualdad y violencia social, dado que comparten su carácter tendencialmente absoluto, y su común intolerancia frente al derecho como sistema de límites, vínculos y garantías.

Democracia sustancial y democracia formal

Una ulterior implicancia teórica tiene que ver con la democracia. Estos derechos fundamentales que se ejercen en forma igualitaria porque corresponden a todos y cada uno, universales e indisponibles para los poderes sociales, entrañan una dimensión sustancial de la democracia.

Los derechos fundamentales ejercidos en igualdad, no están disponibles para las mayorías políticas ocasionales; estas, que acceden al poder por los mecanismos constitucionales, no pueden decidir si garantizan o no los derechos fundamentales, no pueden decidir que no van a realizar las políticas sociales que garantizan el goce de los derechos económicos y sociales; por ejemplo, no pueden decidir intervenir contra las garantías constitucionales de la libertad, ni tampoco pueden decidir no intervenir, es decir abstenerse, de garantizar los derechos económicos y sociales que requieren prestaciones públicas y sociales positivas. El contenido sustancial de la democracia, marca una dimensión indisponible e indecidible para las mayorías políticas circunstanciales.

La constitución, entendida como un conjunto rígido de vínculos, límites y deberes para los gobiernos, es decir, derecho sobre la creación del derecho, al establecer derechos fundamentales y sus correspondientes garantías, al mismo tiempo está imponiendo obligaciones de hacer y de no hacer a los gobiernos circunstanciales.

Lo que llamamos constitución consiste precisamente en este sistema de reglas, sustanciales y formales que tiene por destinatarios a los detentadores del poder. Bajo esta perspectiva, las constituciones no representan sólo el complemento del estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes de imperativos positivos y negativos como su fuente de legitimación, pero también, y diría sobre todo, de deslegitimación. Constituyen, por así decir, unas uto-



pías de derecho positivo, que en cuanto nunca realizables perfectamente establecen, sin embargo, en cuanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad en los derechos fundamentales. (2000: 171)

Para Ferrajoli, esta es la sustancia del estado constitucional, democrático y social, en tanto que pacto de convivencia basado en la igualdad *en derechos*. De ahí que recupera el principio de simetría entre derechos de los ciudadanos y los seres humanos y obligaciones de los gobernantes, que estableciera la Constitución del año III de la Revolución Francesa: *la declaración de los derechos contiene las obligaciones de los legisladores* (2000: 159).

La legitimación democrática sustancial de los jueces y la interpretación de la ley

Sigamos el hilo de la argumentación para ver qué consecuencias tiene este principio de (i)legitimidad democrática sustancial en la interpretación jurisprudencial del derecho y en el papel de los jueces. El rol de los mismos ya no consiste en el análisis de la mera conformidad de los actos jurídicos públicos y privados con la legalidad.

Por el contrario, el papel fundamental de los jueces pasa a consistir en el examen de la conformidad de las leyes y los actos de la administración a la constitución. En las mismas palabras de Ferrajoli,

se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación, son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de la inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. (2001: 34)

Paradójicamente, pese a ser el poder judicial un poder contramayoritario, su actividad se legitima en la medida en que concreta por medio de las garantías jurídicas el contenido sustancial de la democracia. Su independencia de los otros poderes del estado se

basa en su función de garantizar la igualdad en el goce de los derechos fundamentales.

La legitimación democrática sustancial de los jueces implica una *responsabilidad cívica*, desconocida en el paradigma del iuspositivismo formalista, consistente en señalar por medio de sus fallos las *incoherencias* (de contenido de las leyes con relación a la constitución), y las *lagunas* del ordenamiento jurídico positivo (cuando se omiten las acciones públicas, en forma, por ejemplo de la provisión de bienes públicos, que hacen a la garantía de los derechos de interés público, difusos o de incidencia colectiva, o de prestaciones sociales positivas, que hacen a la garantía de los derechos económicos y sociales).

El garantismo como teoría crítica y proyectiva del derecho. Sus implicancias políticas

La última implicancia de la teoría garantista del estado de derecho, tiene que ver con su carácter jurídico-político. Ferrajoli no construyó una teoría solamente jurídica, sino que en realidad desarrolla sobre la base de todo un aparato lógico, jurídico, muy bien realizado; una teoría que tiene profundas consecuencias políticas.

Como plantea Ferrajoli, la Ciencia Jurídica no puede ser neutra y avalorativa. La responsabilidad de los operadores jurídicos en sentido amplio (legisladores, jueces, doctrinarios, abogados.) consiste en velar por los contenidos sustanciales y los procedimientos formales del estado democrático, constitucional y social de derecho. Por lo tanto, esta responsabilidad es de una naturaleza social y pública fundamental.

En este sentido, decimos que a la luz de la perspectiva garantista, la teoría y la práctica jurídica, la cultura jurídica, toman un sentido crítico y proyectivo. *Crítico*, por cuanto cambia la consideración del derecho. De totalidad sistemática y completa, pasa a ser entendido como un orden normativo afectado endémicamente por niveles importantes de incoherencia e incompletitud, y por lo tanto de invalidez e ineffectividad. Por lo tanto, la praxis jurídica toma una función desconocida por el viejo positivismo dogmático y formalista: «la tarea, científica y política, al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento» (1992: 28-29).

Proyectivo, porque se trata de proponer nuevas técnicas de garantías y vínculos jurídicos a los poderes públicos y privados, para proveer los bienes y prestaciones públicos y sociales que hacen a los derechos reconocidos constitucionalmente pero no garantizados, es decir, a colmar los vacíos del orden jurídico. Esta falta de plenitud en forma de lagunas, resulta del incumplimiento de las obligaciones positivas constitucionalmente impuestas a los legisladores y gobernantes, que implican falta de normas legales reglamentarias y de técnicas apropiadas que garanticen la igualdad y la transparencia frente a la discrecionalidad y al clientelismo en la imputación de bienes y prestaciones a los sectores sociales más débiles.

La crisis del estado de derecho y el diagnóstico garantista

El garantismo, desde el punto de vista externo (filosófico-político) de la relación entre ser y deber ser del derecho, analiza en el plano de la legitimación sustancial, la forma y los contenidos de institucionalización en la constitución y en las prácticas constitucionales de las tradiciones liberal, republicana, democrática y socialista. Dicha institucionalización constituye siempre un intento, que podemos valorar históricamente luego de que se produjo, de resolver las tensiones y potenciar el encuentro de dichas tradiciones. No otra cosa es el estado de derecho democrático y social. Pero al mismo tiempo el garantismo constituye una crítica jurídica interna de la relación entre ser y deber ser en el derecho, que opera en el plano de la validez jurídica sustancial y formal.

En ese sentido, opera como una crítica contrafáctica, pero también empírica, que analiza los estados de derecho «realmente existentes» en sus grados remanentes de absolutismo y por lo tanto, de acercamiento o lejanía del paradigma garantista.

Esta crítica, entonces, se transforma en un diagnóstico de la crisis contemporánea del estado de derecho. Crisis en la que va a distinguir tres aspectos diversos pero entrelazados. Primero, crisis de legalidad del estado social. Segundo, crisis del estado nacional, en tanto que, por los procesos de globalización y de integración supranacional, surgen nuevas fuentes de creación del derecho que no están sometidas a los vínculos establecidos por la Constitución y por el Estado de Dere-

cho. Por lo tanto el tercer aspecto del diagnóstico, lo constituye la crisis del sistema de fuentes del derecho.

Esta triple crisis del Derecho tiene que ver con la hipertrofia del Poder Ejecutivo con relación a los Poderes Legislativos y Judicial. La teoría tradicional de la complementariedad funcional y de los controles mutuos entre los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo se ve desmentida en la realidad con un crecimiento de la Administración Pública y de su opacidad. Es decir, del carácter opaco y no público, cada vez menos sometido a controles jurídicos ni sociales, de muchas de las actividades del Estado.

La crisis de legalidad del Estado social tiene que ver con las condiciones propias de la actual globalización neoliberal. Ferrajoli formula este debate desde un contexto europeo e italiano, caracterizado por el progresivo retroceso y la pérdida de la universalidad de las prestaciones en términos de derechos económicos y sociales de los estados de bienestar europeos, lo cual refuerza la discrecionalidad y la arbitrariedad política en la prestación que tiene que ver con la garantía de los derechos sociales.

Tradicionalmente, los derechos sociales requieren otro tipo de políticas en su garantía que los derechos de libertad, o los derechos fundamentales llamados de primera generación, como son las libertades individuales, propiedad, los derechos que tienen que ver con la ciudadanía.

Los derechos sociales requieren políticas activas en forma de prestaciones positivas: la vivienda, la salud, la educación, requieren que el Estado intervenga, que actúe, que desarrolle políticas públicas; que desarrolle recursos humanos y administrativos destinados a la garantía de esos derechos. En cambio, los derechos de libertad: la libertad de opinión, de expresión, de asociación, es decir los derechos de primera generación, requieren la abstención del Estado; requieren poner un límite negativo a la acción del gobierno o del Estado.

Entonces, la crisis social del Estado no solamente supone para Ferrajoli, que se debilita la capacidad de los Estados para realizar políticas positivas, políticas activas de promoción y defensa de los derechos económico-sociales, sino que además refuerza, dada la merma de la universalidad de esas prestaciones, la posibilidad de un uso discrecional y arbitrario de la capacidad del Estado de intervenir a favor de determinados sectores sociales. En consecuencia, las garantías de los derechos económicos y sociales, y las políticas y prestacio-



nes correspondientes se transforman en un escenario de luchas, de conflictos, de intereses sociales corporativos para volcar las mismas en su favor. Por eso Ferrajoli insiste en que la crisis del estado social es también, y al mismo tiempo, crisis de legalidad del estado de derecho.⁴²

La crisis del Estado nacional soberano, tiene que ver con el surgimiento, a raíz de los procesos de transnacionalización y globalización económica, de fuentes nuevas que crean normas jurídicas, pero que no están sometidas a los vínculos de la Constitución, ni del Estado de derecho.

La Organización Mundial del Comercio, por ejemplo, es una organización creada por un Tratado Multilateral que es autónoma e independiente de la Carta de las Naciones Unidas y que tiene capacidad de dictar resoluciones que son verdaderas sentencias de derecho internacional comercial, donde impone sanciones comerciales a los Estados miembros. En esta tarea, la OMC no está subordinada a una pirámide jurídica internacional o jerarquía de fuentes del derecho, jerarquía que por ahora no existe más allá de los estados nacionales.

Por su parte, las empresas multinacionales y/o transnacionales, que operan simultáneamente en varios países en las relaciones de producción, distribución y de consumo, tienen capacidad para crear un mercado intra e interempresario y, por lo tanto, un derecho informal que ha sido denominado *Lex Mercatoria*.

A partir de la flexibilidad e informalidad de esta *Lex Mercatoria* es que las corporaciones tienen la capacidad de diseñar una ingeniería jurídico-financiera que les permite desplazar sus actividades, allí donde tienen menos costos fiscales, ambientales y pagan menos cargas sociales: es decir, menos salarios, menos prestaciones sociales. Todo ello a través de una red de filiales, proveedores, subcontratistas.

Por esto, las condiciones de competitividad de las economías para atraer la inversión extranjera directa productiva, están atadas a los

⁴² No es ocioso recordar que Ferrajoli está discutiendo desde el contexto político y social italiano, que, como es sabido, desde el punto de vista de la corrupción, el clientelismo y la discrecionalidad en el ejercicio de las políticas, se asemeja al panorama que tenemos presente de forma generalizada y endémica en los estados latinoamericanos. Sobre el potencial del garantismo como instrumento de lectura crítica del funcionamiento del estado de derecho en nuestra región nos extenderemos más adelante.

entornos favorables para este tipo de empresas, que suponen, a su vez, bajar los pisos de garantismo social y ambiental. Se genera una competitividad que impulsa las garantías de los derechos económicos y sociales *hacia abajo*.

Se trata de un derecho que, en contraste con la ausencia, ineficacia o insuficiencia de los mecanismos de garantía internacionales y en muchísimos casos nacionales, de los Tratados Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se caracteriza por su informalidad, por ser producto de actores importantes dentro del escenario global y del escenario internacional, como son las empresas transnacionales, y por no estar sometido a vínculo jurídico alguno desde el punto de vista de las garantías del constitucionalismo y del estado de derecho.

De esta forma, estamos ante una globalización no regulada, que se manifiesta a través de una anomia generalizada y de una regresión neoabsolutista tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales. Neoabsolutismo regresivo que se instrumentaliza en la ausencia o ineficacia de reglas expresamente asumidas por el capitalismo globalizado, como una especie de nueva *grundnorm* del orden económico y político internacional.⁴³

Un análisis y un balance, aunque sea puramente sumario, de la actual organización internacional revela la existencia de instituciones de tipo universal, como la Organización de Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, que no cuentan con el peso que deberían tener, y de instituciones de tipo particularístico, como la Organización del Tratado del Atlántico Norte y el G8, dotados en cambio de poderes enormes de intervención y de gobierno.⁴⁴

⁴³ «Ne sta risultando una generale anomia e una regresione neoassolutistica cosi delle grande potenze como dei grande poteri economici transnazionali: che é un neoassolutismo regresivo e di ritorno che si manifesta nell ´ assenza di regole alertamente asunta, dall odierno capitalismo globalizzato, come una sorte di nueva grundnorm del nuevo ordine economico e politico internazionale» (Ferrajoli, 2001: 14).

⁴⁴ «Un ´ analisi e un bilancio sia pure sommari dell ´ attuale organizzazione internazionale rivelano infatti la esistenza di istituzioni di tipo universalitico –come l ´ ONU, la FAO, la Organizzazione Mondiale dell Sanità– che non contano quasi nulla; e di istituzioni di tipo particolaristico –come la NATO, la Organizzazione Mondiale del Comercio e il G8– dotate invece di enormi poteri d ´ intervento e di governo» (2001: 14).

Frente a esta múltiple crisis –dice Ferrajoli–, han surgido una serie de diagnósticos pesimistas, que se autodenominan realistas, como por ejemplo, la teoría de la sociología jurídica sistémica del derecho (Luhmann, Teubner), que sostiene la obsolescencia e ineficiencia del paradigma del constitucionalismo y del estado de derecho frente a esta complejidad y a esta proliferación de fuentes de creación de normas.

El estado de derecho sería inadecuado para seguir manteniendo las mismas pretensiones que se tuvieron a lo largo del despliegue de sus distintas etapas (especialmente en lo que hace a los derechos llamados de «segunda» y «tercera» generación) y, por lo tanto, lo mejor que se puede hacer es abandonarlo en función de unos sistemas jurídicos que sean flexibles, plurales y que tengan reflexividad para pensar los conflictos que surgen de los distintos órdenes jurídicos que se solapan con la globalización.

Ferrajoli se sitúa en una postura absolutamente crítica frente a estas posiciones, sostiene que lo que hay que hacer es exactamente todo lo contrario: volver a redoblar, pese a todos los obstáculos actualmente existentes, la apuesta a favor de la razón jurídica de la modernidad, desde la que se construyó todo lo que es la teoría de los estados de derecho y del constitucionalismo en sus diversas etapas. El futuro del constitucionalismo y de la democracia, debe proyectarse a través de una triple articulación: «hacia un constitucionalismo social, añadido al liberal, hacia un constitucionalismo de derecho privado, añadido al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, añadido a aquél estatal» (2000: 178).

La legitimidad por la legalidad en el paradigma garantista

A esta altura de lo desarrollado, quisiéramos esbozar breves conclusiones, a la manera de respuestas a los interrogantes planteados al inicio de este trabajo:

¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad? En el paradigma garantista la legitimidad de un gobierno se mide por su mayor acercamiento o no, a la realización de los contenidos sustanciales de la democracia, que tiene que ver la garantía del igual ejercicio de los derechos fundamentales.



De esta forma, desde la perspectiva externa, el garantismo sería en realidad una teoría de la sospecha de (i)legitimidad y de la consiguiente perfectibilidad de los estados de derecho «realmente existentes», toda vez que les impone la carga de la justificación frente al núcleo duro de la legitimidad sustancial que está dada por la igualdad en la garantía de los derechos que deben ser indisponibles para el estado y para el mercado.

Lejos de conformarse con la legitimidad formal de acceso y de ejercicio al poder político (quiénes y cómo lo ejercen), agrega una dimensión sustancial que tiene que ver con el *qué se puede y qué no se puede* omitir en la garantía de los derechos, que constituye la legitimidad democrática sustancial basada en la noción de estricta legalidad (e implícitamente, aunque Ferrajoli no desarrolla demasiado esta idea, en un consenso fuerte y exigente que debería buscarse en la cultura de los derechos de una sociedad).

Estricta legalidad que es la forma de expansión de los derechos fundamentales, la democracia sustancial y el estado de derecho frente a los poderes sociales salvajes de toda índole.

En el plano interno al derecho, el garantismo, en vez de presumir «a priori» la coherencia y completitud del derecho positivo, se configura como una crítica en el ordenamiento de su carácter congénitamente incoherente entre los contenidos constitucionales y las prácticas legislativas y administrativas. También frente al carácter lagunar e incompleto, toda vez que se constitucionalizan de forma simbólica derechos que carecen de garantías y políticas que les confieran eficacia y de normas subconstitucionales que los concreten.

Pero, justamente ahí está la clave de una actividad político-jurídica orientada normativamente por el principio de legitimidad democrática sustancial del estado de derecho: el imperativo de acortar la tensión entre el ser del derecho (y de los poderes sociales) y el deber ser de los valores y los derechos establecidos en la constitución.

En síntesis, la respuesta del paradigma garantista a la pregunta sobre si es posible la legitimidad a través de la legalidad es afirmativa, pero a condición de comprender que no se trata de una mera legalidad formal sino de una legalidad cualificada por su sujeción a una dimensión sustancial, dada por la igualdad de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Más que una teoría de la pretensión de legitimidad del derecho y del estado formulada *ex parte*



principi, la propuesta de Ferrajoli consiste en una constante (i)legitimación del derecho, del estado y de toda forma de poder social no vinculadas jurídicamente, enunciada desde la perspectiva de los derechos y la ciudadanía, esto es, *ex parte populi*.

El paradigma garantista es especialmente pertinente en nuestra región, ya que tiene un amplio campo teórico y práctico de expansión en el plano interno al derecho, dado por la divergencia entre un constitucionalismo declarativo avanzado y las prácticas legales, administrativas y judiciales plagadas de incoherencias y omisiones en la garantía de los derechos constitucionalizados simbólicamente. También en el plano externo que hace a la legitimidad del estado y el orden jurídico, dado el contraste entre el modelo y los programas constitucionales y la variada fenomenología de poderes salvajes públicos y privados que campean a sus anchas en nuestras sociedades.

En este sentido, para quienes ejercemos la docencia y la investigación en el campo del derecho público, y más específicamente del derecho político, el garantismo es doblemente pertinente: tiene que ver con la recuperación del sentido originario de nuestra materia, y es urgente realizar, dadas las circunstancias histórico políticas que nos exigen renovar constantemente un compromiso con el derecho y los derechos.

En efecto, el derecho político no es y no debe ser una materia al servicio del realismo del poder, que sirva para formar a los futuros abogados en la justificación de la desvinculación jurídica de los poderes políticos y económicos.

Tampoco son consistentes las pretensiones de neutralidad y avaloratividad de la denominada politología empírica, que busca encajar dentro de los planes de estudios de las carreras de Derecho unas nociones de ciencias políticas para mejorar la cultura general de los futuros operadores jurídicos. Por el contrario, el derecho político tiene un sentido crítico y valorativo, analiza las condiciones de posibilidad, los alcances y los límites del derecho a la hora de regular los poderes sociales que, de otra forma, devienen arbitrarios y salvajes. Así como las fuerzas sociopolíticas y las ideologías que favorecen u obstaculizan dichos alcances y límites.

De esta forma, el derecho político recupera las promesas incumplidas de lo que Ferrajoli llama la *razón jurídica moderna*: la lucha por el derecho, pero no por el derecho mismo, sino porque, como dijo

Ihering, luchando por el derecho se realizan los derechos fundamentales de las personas, que son el contenido sustancial y el fin que debe tener todo estado democrático, social y constitucional de derecho. Urge un nuevo derecho político, adecuado a las exigencias que plantea la actual crisis del estado de derecho, plagada de desigualdades sociales y poderes arbitrarios.

CAPÍTULO VI

Globalización y crisis del estado de derecho

Un concepto «fuerte» del estado de derecho

Contemporáneamente el estado de derecho no puede ya entenderse en un sentido lato o formal. Ese significado es tan amplio que todo estado puede considerarse como estado de derecho en dicho marco. Por lo tanto, partimos de un concepto normativo y exigente de estado de derecho para analizar sus condiciones de posibilidad en el contexto de la actual globalización económica.

El concepto de estado de derecho que tomamos como punto de partida es uno cualificado, en sentido material o sustancial: como un conjunto de vínculos, regulaciones y sujeciones sobre los poderes sociales públicos y privados, a través de los derechos fundamentales y el constitucionalismo.

Por derechos fundamentales entendemos siguiendo las tendencias más recientes del neoconstitucionalismo y del garantismo, los derechos que reúnen las siguientes características:

1. están garantizados a todos y a todas por igual, y en ese sentido pretenden universalidad.
2. Son indisponibles tanto para el estado como para el mercado, como para sus propios titulares que no pueden renunciar a ellos, ni

venderlos o enajenarlos de cualquier forma, (esto los diferencia de los derechos patrimoniales que son derechos exclusivos y no universales. Se tienen o no se tienen y si se tienen, se poseen con carácter exclusivo. Por otra parte son derechos esencialmente desmembrables y transables en el mercado)⁴⁵.

3. La igualdad en derechos, fundamento de legitimidad del estado de derecho democrático y social contemporáneo. Se trata de una igualdad compleja, que funciona para remover los obstáculos de hecho económicos y sociales que impiden el libre desarrollo de la personalidad y los plurales planes de vida e identidades sociales. Una igualdad en el sentido socioeconómico que sin embargo, no debe ser homogeneizadora, sino que sirve para cimentar el pluralismo social.

Somos conscientes del carácter modélico y normativo de este concepto de estado de derecho, que sin embargo coincide con el sentido común político y jurídico que encuentra en los derechos humanos y la democracia el criterio de legitimidad por antonomasia del estado contemporáneo.

⁴⁵ Si cabe hacer alguna distinción que excepcione la idea de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, en todo caso, desde una perspectiva crítica cabe hacerla en el sentido propuesto por Ferrajoli. Para el profesor de Camerino, derechos fundamentales son aquellos que «justamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman parte de la esfera de lo indecible y de lo indecible que no; y actúan no sólo como factores de legitimación, sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones». No-decisiones que tienen que ver con el no cumplimiento de expectativas positivas frente a los poderes públicos nacionales e internacionales que hacen a la eficacia de los derechos sociales. El derecho de propiedad y los derechos patrimoniales, que usualmente se confunden en una misma categoría (los llamados derechos de «primera generación»), junto con los de libertad y autonomía, no integran, para Ferrajoli, la categoría de derechos fundamentales: «la propiedad, como el derecho de crédito y los demás derechos patrimoniales, no es en absoluto universal en el mismo sentido en que lo son los demás derechos de la personalidad y de ciudadanía, ya sean estos humanos, civiles, políticos o sociales: es un derecho por naturaleza existencial (o singular), *excludendi alios*, que no corresponde a todos, pues cada persona puede ser o no ser titular, y en caso de ser titular lo es siempre con exclusión de las demás personas [...] A diferencia de los demás derechos de la persona y del ciudadano, que son indisponibles e inalienables –pues quedan sustraídos tanto al mercado como al ámbito de las decisiones públicas, e incluso de las decisiones tomadas por mayoría–, y al igual que los demás derechos patrimoniales, la propiedad es por naturaleza disponible, es decir, alienable, negociable, transigible» (Ferrajoli, 1999: 32 y ss).

Desde una perspectiva externa, los derechos adoptan un aspecto más complejo e impuro, ellos involucran un conjunto de valores o preferencias sociales generalizadas en torno a las formas básicas de entender la dignidad humana, que se vehiculizan a través de procesos sociales, históricos y políticos de apertura de espacios de lucha por la dignidad humana. Estos procesos instituyen, mientras que aquellos valores sociales legitiman a las instituciones del estado de derecho.

El camino por el que se positivizan en las normas constitucionales es complejo y marca el paso de la perspectiva externa a la perspectiva interna del ordenamiento jurídico. Con ello la tensión entre legitimidad y legalidad que es la propia de la perspectiva externa, se internaliza al interior del estado de derecho como tensión entre validez y eficacia. Los derechos humanos fundamentales y sus garantías son positivizados por el derecho constitucional y ese nivel jurídico se transforma en el derecho sobre la producción del derecho. Un conjunto de normas de organización y competencia para gobernantes y gobernados de las que deriva la validez jurídica del resto del ordenamiento. De ahí que el estado de derecho contemporáneo, además de democrático y social, es también *constitucional*.

Por lo tanto, el estado de derecho social, democrático y constitucional sigue teniendo en común con el concepto formal del estado de derecho los siguientes supuestos básicos subyacentes: la pretensión del monopolio estatal de creación y aplicación del derecho, la jerarquía de las fuentes, teniendo en su vértice la constitución en tanto que derecho sobre la producción del derecho del cuál se derivan los criterios de validez sustancial (contenidos o significados de las normas) y de validez formal (órganos y procedimientos) de las normas de nivel inferior.

Planteo del problema

Esta categoría exigente sirve como crítica contrafáctica de los estados de derecho realmente existentes, pero también para analizar las condiciones de posibilidad del estado de derecho en el contexto de los actuales procesos de globalización. Exportar el concepto al contexto global nos pone en blanco sobre negro las dificultades de sostener la compatibilidad del estado de derecho con las tendencias del pluralismo jurídico de la globalización: para ello tomaremos las siguientes dimensiones:

1. el monopolio o pluralismo de las fuentes del derecho y la existencia o no de ordenación jerárquica en el escenario global.

2. La diversa eficacia de las distintas formas de derecho que coexisten en el marco de la globalización.

3. El problema de la concurrencia de los derechos (y de sus sujetos) en el contexto global: derechos fundamentales de las personas y derechos patrimoniales de las corporaciones económicas y financieras transnacionales.

Si bien la tercera está más directamente relacionada con los derechos humanos, estos, en tanto constituyen, como vimos, una dimensión fundamental de nuestro concepto normativo de estado de derecho que pretendemos contrastar con el complejo contexto jurídico plural, aparecen atravesando todas las dimensiones del presente trabajo. Ello es así porque los derechos humanos fundamentales, positivizados tienen como condición de validez y eficacia jurídica la jerarquía de las fuentes en el estado de derecho. El problema es, como veremos, que si esto todavía es posible predicarlo de las declaraciones de derechos en las constituciones nacionales, es más difícil de sostener en el contexto de la globalización donde no existe tal jerarquía y coexisten diferentes instancias de juridicidad con fines, procedimientos, tiempos y racionalidades plurales. No existe una constitución jurídica mundial que consagre la sacralidad de los derechos humanos. La Carta de las Naciones Unidas, las declaraciones y pactos universales y regionales no constituyen la cúspide de un orden jurídico internacional, simplemente porque no hay tal orden.

Por lo tanto, el derecho internacional de los derechos humanos cuyo despliegue y eficacia es sin duda un importantísimo indicio de la posibilidad de exportar al contexto supranacional aspectos del estado de derecho, es sin embargo, una forma más del pluralismo jurídico global en el que coexisten, como abundaremos, fuentes diversas de juridicidades también diversas y frecuentemente contradictorias entre sí.

Finalmente, sacaremos algunas conclusiones sobre la lógica jerárquica de la articulación de las formas de juridicidad y los derechos en el marco de la globalización. Y sobre la pertinencia de algunas de las categorías críticas de la idea neoconstitucionalista y garantista del estado de derecho una vez que son exportadas al esce-

nario jurídico político global. Propondremos por nuestra parte, una metodología crítica que nos parece más pertinente desde el punto de vista del análisis de las posibilidades y límites del estado de derecho en el mundo actual.

Inexistencia de jerarquía de fuentes del derecho en el contexto de la globalización

Si como dijimos, el avance de los mecanismos de promoción y protección internacional de los derechos humanos es un síntoma importante de algo así como «la globalización del estado de derecho» en un sentido sustancial o fuerte, es necesario a la hora de analizar sus posibilidades, alcances y límites tener en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos coexiste, en el escenario global, con otras jurisdicciones incoherentes e incluso contradictorias con sus objetivos, formas y racionalidad.

Además del derecho internacional de los derechos humanos, debemos tener en cuenta al menos, otras dos jurisdicciones que surgen en el contexto de la globalización: la *lex mercatoria* y el nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales de bienes y servicios.

La nueva *lex mercatoria*

La primera tiene que ver con las prácticas de las corporaciones transnacionales, que establecen un derecho informal, consuetudinario a la vez que flexible para regir las relaciones con sus subcontratistas, con otras empresas transnacionales, e incluso entre sectores de su propio mercado intraempresario.

Es una forma jurídica que adopta ese nombre por analogía el derecho construido en el pasaje de la edad media a la edad moderna por las prácticas comerciales de los mercaderes que trascendían la unidad económica de los feudos. La actual *lex mercatoria*, resulta funcional a los nuevos modelos de gestión y producción económica segmentados transnacionalmente y articulados en una red que trasciende las jurisdicciones estatales.

Su objetivo es posibilitar una ingeniería jurídica financiera que maximice las ganancias y reduzca los costos transaccionales, socia-



les, ambientales y fiscales de la producción. De esta forma, la producción segmentaria se organiza teniendo en cuenta los costos de cada actividad, la posibilidad de externalización de los mismos, desplazando las actividades de acuerdo a esta lógica, y también la necesidad de flexibilidad e informalidad para las transacciones y eventuales litigios evitando el lento y oneroso ritualismo de las instancias jurisdiccionales de los estados nacionales.

El nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales

Más allá de las prácticas de las corporaciones transnacionales que pueden subsumirse bajo el rótulo de la *lex mercatoria*,⁴⁶ surge además la pretensión de un *nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales* de bienes y servicios,⁴⁷ que brinde estabilidad y seguridad a la movilidad del capital, a través de instituciones y formas jurídicas (tratados internacionales multilaterales) que obliguen a los estados.

Es decir, el uso de la forma jurídica y su capacidad de constreñir, para asegurar, consolidar y estabilizar la lógica de la globalización neoliberal. Se trata de «la doctrina y el conjunto de fuerzas sociales que buscan establecer restricciones sobre el control democrático de las organizaciones e instituciones económicas públicas y privadas» (Gill, 1992: 10), y abarca en un sentido amplio, tanto la actual configuración institucional de la OMC, como el fracasado intento del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), y el proceso de construcción del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Incluso,

⁴⁶ Respecto a los antecedentes, características y vinculación de la *lex mercatoria* con el sistema mundial. Ver Faría, 2001, pp. 134-137; De Sousa Santos, 1998, pp. 104-115 y Capella, 1999, pp. 272-278.

⁴⁷ La corriente crítica neogramsciana de las relaciones internacionales ha denominado esta tendencia como «nuevo constitucionalismo global» de forma irónica, ya que sostiene que se trata de un nuevo constitucionalismo garantista de la libre movilidad y circulación del capital transnacional y las corporaciones económicas y financieras transnacionales. Fue utilizado por primera vez por Stephen Gill. Ver Gill, 1992. Por nuestra parte, preferimos la terminología de nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales de bienes y servicios para no generar confusión con las corrientes neoconstitucionalistas y garantistas de los derechos fundamentales.

puede decirse que atañe a los aspectos menos democráticos de la UE en lo que hace a la falta de control ciudadano sobre el contenido de las decisiones que toman sus agencias ejecutivas.

El nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados es «garantista»: trata de garantizar la libertad de entrada y salida del capital internacional móvil en relación a diferentes espacios socio-económicos (Gill, 1992: 11). Las limitaciones de políticas que esto supone en una era de sustancial movilidad del capital, significan que los gobiernos serán tan responsables ante los mercados internacionales, como lo son ante los electorados. Es decir, deberán aprobar un doble *test*, ante dos principios de legitimación crecientemente contradictorios: la legitimidad democrática y de la igualdad en derechos fundamentales, y la legitimidad basada en la eficacia técnica para atraer inversiones económicas internacionales que hacen al nuevo marco de condicionalidades del escenario económico de la globalización.

La crisis del paradigma del estado de derecho

Reflexionando sobre el proceso de construcción de la UE, en sus aspectos menos democráticos, relacionados con las agencias ejecutivas de carácter económico y político carentes de controles y lejanas de la ciudadanía, cuyas decisiones prevalecen sobre las leyes y a veces sobre las constituciones, Luigi Ferrajoli verifica una crisis del constitucionalismo «subsiguiente a la alteración del sistema de fuentes producida por el ingreso de fuentes de carácter internacional en nuestro ordenamiento», situación que «lleva consigo el riesgo de deformar la estructura constitucional de nuestras democracias [...] que, está en la base de la función misma del derecho como sistema de garantías» (1999: 30).

Por otra parte, la coexistencia de legitimaciones diversas, aquella basada en la democracia y los derechos y la que sustenta ideológicamente la globalización neoliberal, y su traducción en el plano institucional y jurídico de la emergencia del «nuevo derecho internacional de la liberalización», hace difícil establecer claramente la jerarquía de las fuentes normativas y aleja radicalmente cualquier tendencia—siempre irrealizada—hacia la unidad, coherencia y completitud del derecho internacional.



Emerge y se consolida entonces, un paradigma jurídico⁴⁸ opuesto al del constitucionalismo global o la globalización del estado de derecho y que pugna por hacerse hegemónico, como ya lo son los intereses económicos y financieros y la ideología neoliberal que lo sustentan.

En la teoría del derecho, el paradigma del estado de derecho estuvo estrechamente vinculado a las formas de entender el fenómeno jurídico construido desde la dogmática jurídica. Ellas suponen la ubicación del orden jurídico en un *locus* privilegiado, el estado nacional soberano. Así, la dogmática jurídica construye esa imagen piramidal del derecho en la cual hemos sido formados los operadores jurídicos en general. Con una constitución, unas normas generales-abstractas y unas normas particulares que las aplican a los casos concretos, cayendo en cascada desde el vértice a partir de las ideas de sistematicidad, unidad o monismo del derecho sustentadas en el monopolio estatal de la producción jurídica, jerarquía de fuentes y derivación lógico normativa.

Estas características tienen que ver también con el lado formal del estado de derecho: la seguridad jurídica que se alcanza al regular normativamente patrones de relaciones sociales relativamente estables o previsibles que aseguran una esfera de producción y reproducción económica, y por lo tanto, de acumulación de capital, que generalmente se traduce en las imágenes y metáforas de los mercados y de los contratos en la época del estado liberal, y de los acuerdos neocorporativos o pactos sociales en la época de los estados de compromiso, sea en sus versiones centrales o periféricas.

Sin embargo, como lo ha explicado de diferentes maneras la extensa literatura que analiza el impacto de los procesos de globalización sobre el estado, la soberanía está siendo afectada, cuando no seriamente mellada, y las funciones estatales modificadas por el nuevo contexto.

Aquí vale hacer la aclaración de que no compartimos ciertas visiones globalistas que sustentan la lisa y llana desaparición del estado soberano como actor relevante. Estas posiciones reflejan un

⁴⁸ Por paradigma jurídico entendemos siguiendo a Habermas, «Los nexos de sentido que permanecen latentes para los implicados mismos y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales» (1998: 477).

reduccionismo y un simplismo en el nuevo contexto, similar a las versiones reduccionistas de las épocas de apogeo del estado nacional en la llamada teoría general del estado, que se reflejaban en una visión metafísica de la soberanía.⁴⁹

Pero una vez hecha esta aclaración es necesario advertir que en tanto la relación social que se expresa en la forma estado se modifica con los procesos de la globalización, se está modificando también al mismo tiempo el supuesto básico subyacente de la teoría dogmática del derecho que empapa el paradigma normativista occidental de los derechos humanos y del estado de derecho en sentido sustancial.

En efecto, el estado capitalista de la época de la globalización neoliberal y el predominio de la fracción financiera es, tanto en el centro como en la periferia, muy diferente del estado liberal y del estado de compromiso social. Se caracteriza por ser balizado y limitado en su elenco de políticas económicas: a. por una fuerte hetero-referencia hacia la centralidad del mercado como espacio social privilegiado, b. por su tendencia a intentar mediar entre sistemas normativos funcionalmente diferenciados y relativamente autónomos que

⁴⁹ El estado era considerado como un macro-sujeto con personalidad jurídica, con características inmutables y esenciales, en el otro extremo, desde las teorías instrumentales era tomado como una «cosa» que podría ser utilizada de acuerdo a los designios de los grupos sociopolíticos que accedían al poder del gobierno, sea en versión de ideología liberal, socialdemócrata o leninista. Entonces, como ahora, es preciso oponer a esas visiones reduccionistas una visión relacional del estado. Este es, y ha sido siempre, una relación social histórica y fluctuante, una condensación de una relación de fuerzas entre clases, etnias, regiones y sexos, tensionada entre sus pretensiones de legitimidad y su carácter estructuralmente capitalista. Si la doctrina de la soberanía siempre tuvo algo de metafísica, en el nuevo contexto se trataría de disociar parcialmente soberanía de estatalidad. Esta última no desaparece con la globalización, sino que se refuncionaliza en la medida en que se modifican las relaciones sociales. Aquella fue siempre una forma ideológica de entender la autonomía relativa del estado, en tanto que «forma rigidizada» de las relaciones sociales, que resulta difícil de sostener retóricamente en el nuevo contexto. Corolario: el estado no desaparece, sigue siendo importante como garante de la acumulación de capital, y como locus de legitimación, asumiendo funciones nuevas que varían en cada caso, según una multiplicidad de factores, entre los cuales es muy importante tener en cuenta su carácter central o periférico en la economía-mundo. Sobre todo, los estados que actúan en los centros dinámicos de acumulación de capital a escala global, y especialmente de los Estados Unidos de Norteamérica. ¿Cómo puede ante esos ejemplos sustentarse la desaparición del estado?



afectan la pretensión de estructuración jerárquica, basada en normas abstractas y generales. Finalmente, c. por su creciente dificultad para lograr un compromiso entre su carácter capitalista y por lo tanto, garante de la acumulación de capital para sus agentes económicos y de representante de una legitimidad democrática ante sus ciudadanos titulares de derechos. Esta tensión entre legitimación y acumulación se hace más patente cuando el estado menos participa de los centros y procesos más dinámicos de la economía-mundo capitalista.

Paradigmas jurídicos alternativos para explicar el derecho en el nuevo contexto

La reflexión sobre estos cambios en las formas de juridicidad que acompañan el despliegue de los procesos de globalización, ha sido abordada principalmente desde dos enfoques: el *derecho internacional público* y el *pluralismo jurídico*.

El primero parece adaptarse mejor al nuevo contexto que la imagen dogmática del derecho, por sus características: un bajo grado de coercibilidad, una indiferenciación jerárquica de sus normas que surge del principio (formal) de la igualdad soberana de los estados como actores del derecho internacional, lo que está en el origen de su evolución hacia técnicas de composición de intereses, garantías de coexistencia y cooperación que morigeraron históricamente el siempre posible recurso a la fuerza como solución de los conflictos en las relaciones internacionales.

Al ser el derecho internacional entonces, un derecho construido preponderantemente como convenciones entre sujetos soberanos, la distinción propia de los órdenes jurídicos nacionales jerárquicos entre ley y contrato se difumina en el contexto internacional, y la cohesión jurídica no puede estar asegurada siguiendo una lógica vertical sino una transversal y horizontal.

Pareciera que son los órdenes jurídicos nacionales los que se aproximan cada vez más a las características del derecho internacional y no al revés. En efecto, estos procesos de crisis del modelo dogmático del derecho van enfatizando, por contraste, las características de policentrismo normativo, relativización del carácter absoluto de la soberanía, dispersión del poder normativo entre organizaciones inter-

nacionales, estados y empresas multinacionales, la interpenetración de lo público y lo privado, factores que van minando la capacidad del derecho estatal de organizarse en forma de actos unilaterales que transmiten de modo imperativo las decisiones y mandatos del legislador o del gobierno.

El derecho se transforma en un acto multilateral como en el ámbito internacional, al expresar voluntades concordantes sobre objetivos comunes. Pero la analogía se termina ahí, porque a diferencia de aquel, que es una instancia de representación de los estados, su contenido, que pretende ser resultado de la soberanía popular, en la práctica resulta de opacos e intrincados procesos de negociación y presión que quedan fuera de los mecanismos democráticos deliberativos que tienen que ver con la publicidad en el proceso de creación de las normas jurídicas.

Estos procesos se inician y definen generalmente antes de pasar por el ritual del poder legislativo o de su adopción por el ejecutivo y terminan en el momento de su aplicación. La opacidad ampara la entronización de las desigualdades de poder en la capacidad de presión sobre los gobiernos y mayorías parlamentarias, y esto lógicamente repercute en el grado de eficacia de unos derechos humanos que solamente se afirman en, el cada vez más difícil, ejercicio de una ciudadanía igualitaria, activa y pluriforme.

En definitiva, estamos aquí ante una inversión del proceso que, se supondría, haría evolucionar el derecho internacional hacia un modelo cosmopolita, caracterizado por el acercamiento de la imagen de este a la de los órdenes jurídicos nacionales. Por el contrario, es el derecho de los estados nacionales el que se va asemejando a las características del derecho internacional, planteando de esta forma escenarios muy complejos a la hora de visualizar las posibilidades de avance en la implementación del derecho de los derechos humanos, y ello, como correlato de líneas de fragmentación social, crecimiento de la desigualdad, retroceso de la ciudadanía y reforzamiento de los lazos de unos poderes privados y públicos crecientemente opacos.

Por su parte, el *pluralismo jurídico*, que no constituye novedad en el pensamiento social sobre el fenómeno jurídico, ha sido siempre, relegado a los márgenes de la teoría del derecho, a raíz del predominio del paradigma de la dogmática jurídica. Sin embargo, frente al desarrollo de juridicidades de formas, velocidades, grados de eficacia y objetivos diferentes que acompañan los procesos de la globalización, el para-



digma del pluralismo vuelve a ganar terreno como una descripción plausible de los intrincados caminos de los derechos globales.

Supone la existencia de la *interlegalidad* no solamente como coexistencia de distintos tipos de derecho, sino también como articulación, superposición e interpenetración de varios espacios jurídicos. Este bagaje conceptual permitiría dar cuenta de la práctica de las organizaciones transnacionales que habíamos calificado como *Lex mercatoria*, es decir, el tendido de complejas redes de acuerdos formales e informales a escala mundial, estableciendo sus propias reglas, procedimientos de resolución de conflictos y criterios de legitimación. Expandiendo, de esta forma, los espacios de autorregulación, y minando las capacidades del derecho internacional y de los derechos nacionales de regular, por ejemplo, las condiciones sociales y ambientales de la inversión extranjera directa (IDE), de los flujos de capital financiero.

En ese sentido, la capacidad explicativa del paradigma del pluralismo jurídico sería superior a aquella basada en las características del derecho internacional, en tanto este solamente abarca el derecho oficial establecido en el marco de la interestatalidad y no el propio de las prácticas económico financieras de producción y gestión de las corporaciones transnacionales.

Pluralismo jurídico de la globalización

En la propuesta de comprensión del pluralismo jurídico sostenida por Boaventura de Sousa Santos, las sociedades capitalistas estarían sustentadas en la interlegalidad de varios modos de producción del poder y del derecho, cada una de los cuales tendría sus formas específicas de unidad de práctica social: con formas institucionales determinadas, mecanismos específicos de poder, formas de derecho, racionalidad y epistemologías diferenciadas.⁵⁰ Resultando de su

⁵⁰ Los modos de producción del poder y el derecho conforman un mapa de estructuración de las sociedades capitalistas contemporáneas en el sistema mundial. Ellos son el espacio doméstico, el espacio de la producción, el espacio del mercado, el espacio de la comunidad, el espacio de la ciudadanía y el espacio mundial. A su vez, cada uno

interacción, superposición, solapamiento la construcción de espacios heterogéneos e híbridos. Por ejemplo, ámbitos como los que tienen que ver con la organización de la salud y la educación en las distintas sociedades, combinan de forma variable elementos de los espacios de comunidad, doméstico, mercado, ciudadanía y mundialidad.

En este contexto general de pluralismo jurídico, la *lex mercatoria*, el nuevo derecho internacional público de la liberalización, y el derecho internacional de los derechos humanos, se desarrollan en un terreno de juridicidades de geometría variable que acompañan los procesos de despliegue de la globalización, con diferentes ritmos, grados de eficacia y expresando objetivos y racionalidades diferentes.

Mientras los sistemas de protección universal y regional de los derechos humanos se han desarrollado lentamente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, con la adopción de la Carta Internacional de Derechos Humanos, los tratados internacionales posteriores en el ámbito de las Naciones Unidas y los mecanismos regionales, de los cuales puede pregonarse eficacia solamente del europeo y del americano. Al mismo tiempo, se han desarrollado de forma escindida en lo que hace a los grados de eficacia de las categorías o generaciones de derechos (de primera, segunda, tercera generación), que sin embargo se proclaman como universales, interdependientes e indivisibles.

Estos sistemas de derecho internacional de los derechos humanos, se atienen a una racionalidad formal, basada en tratados convencionales de derecho internacional público, que establecen sus procedimientos y sus supuestos normativos. Su funcionamiento es discontinuo, basado en la casuística de hechos individuales que son juzgados en la medida en que se configuren los presupuestos materiales y formales exigidos, sus efectos son restitutivos, ya que se repara materialmente a las víctimas o sus familiares y se restablece simbólicamente el orden jurídico, una vez producida de hecho la violación de los derechos humanos. Más allá de la casuística, el derecho internacional de los derechos humanos ejerce también una forma de influen-

de esos espacios puede analizarse desde la agencia social, las instituciones, las dinámicas de desarrollo, las formas de poder, las formas de derecho y la epistemología que se da en cada uno de ellos. Ver De Sousa Santos, 1995, p. 417; 2002.



cia y promoción sobre los estados: a través de los órganos especializados de la ONU y de los sistemas regionales, por medio de informes periódicos y consultas, que los condiciona en tanto constituyen una forma de mantener niveles básicos de legitimidad estatal a los ojos de la comunidad internacional. Nuevamente, hay que constatar que la sensibilidad de estos procedimientos de informes, consultas, está siempre mucho más volcada hacia los derechos llamados de primera generación, que hacia el resto de los mismos.

Por el contrario, la *lex mercatoria* obedece a una nueva configuración segmentaria y articulada, de forma flexible, de la producción y la gestión económicas, cuyo actor principal son las corporaciones transnacionales, y su desarrollo data de los últimos 25 años aproximadamente. Su funcionamiento es continuo, ya que supone convenios informales entre proveedores, subcontratistas en el espacio intra e interempresario que deben permitir procesos continuados de producción y distribución de bienes y servicios con el máximo grado de rentabilidad. De ahí también que su modalidad sea flexible e informal, incluso en los casos de conflicto, donde se buscan evitar la rigidez y lentitud de los procesos judiciales. La lógica del desarrollo de la *Lex mercatoria*, favorece estructuralmente a los actores más poderosos con más capacidad de negociación, de desplazamiento de actividades en función de la reducción y externalización de costos sociales, fiscales y ambientales.

El nuevo derecho internacional de la liberalización de los mercados globales de bienes y servicios es, como vimos, un desarrollo novedoso, que viene a cumplir la función de asegurar subsidiariamente, por medio de la forma y la fuerza jurídicas, el funcionamiento de los mercados internacionales de bienes y servicios. Se presenta a sí mismo como un corrector de segunda instancia que restituye la normalidad del orden espontáneo del mercado en caso de que conductas arbitrarias de los estados lo lesionen. Por conductas arbitrarias deben entenderse aquellas políticas de los estados que sean recalitrantes respecto a la tendencia de liberalización del comercio, las inversiones y los servicios. Pensemos en el ejemplo paradigmático del procedimiento de solución de disputas de la OMC. Su carácter es el de los tratados de derecho internacional, su actuación es casuística y sus sanciones son restitutivas. Pero actúa de forma subsidiaria y disciplinaria cuando las tendencias (que son consideradas en la imagería neoliberal

como naturales o espontáneas) a la liberalización de los mercados, son rechazadas o demoradas por los estados. Evidentemente, llamar a este paradigma «nuevo constitucionalismo», constituye una ironía (¿tal vez destinada a los juristas?) de Stephen Gill y los teóricos críticos de las relaciones internacionales (Gill, 1992), toda vez que el mismo, al fundarse en la legitimación eficientista, técnica y economicista, está en realidad en las antípodas del paradigma garantista y democrático de los derechos humanos.

Pese a lo que podría pensarse, la situación de pluralismo jurídico hace que entre estas formas diversas de derecho que acompañan los procesos de la globalización, no exista una jerarquía de fuentes normativas. Así, la OMC es un tratado internacional de derecho público que abarca a la práctica totalidad de estados relevantes en el sistema internacional, incluso China y Cuba, que no depende formalmente del sistema ONU, mientras que la *lex mercatoria* al tener su fuente en las costumbres flexibles y acuerdos informales de los espacios interempresarios de las corporaciones multinacionales, transnacionales y sus redes de proveedores y subcontratistas, tienden a escapar de regulaciones internacionales y a dejarse sujetar solamente por las regulaciones jurídicas nacionales menos costosas en términos sociales, ambientales y fiscales, que incluso son impuestas a los estados como condición para recibir algún tipo de inversión económica, bajo el chantaje de quedar excluidos de los flujos de producción y comercio internacionales.

Por lo tanto, dos conclusiones: primero, nada más lejos de la imagen de la pirámide jurídica que acompañó el desarrollo del paradigma del estado de derecho y de la dogmática jurídica ante la geometría variable de las formas plurales de derecho global.

Segundo, los objetivos y efectos, tanto de la *lex mercatoria* como del derecho internacional de la liberalización de los mercados, son contradictorios con la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, ya que así entendidos, los derechos son distorsiones al libre mercado.⁵¹ Por lo tanto, la protección internacio-

⁵¹ Como explica Franz Hinkelammert. Ver Herrera Flores, 2000, pp. 117 y ss.

nal de los derechos humanos encuentra sus límites y contradicciones en el contexto del pluralismo jurídico global.

La trama jerárquica de la globalización

Esos diversos derechos que se desarrollan a distintas velocidades se entrelazan, sin embargo, de forma funcional en una interlegalidad propia y característica de la globalización.

En la dinámica de la sociedad capitalista la naturaleza del poder y el carácter del derecho no son atributos exclusivos de ninguna forma política, social, institucional o jurídica específica sino el resultado de sus distintas posibilidades de articulación. Resultan de la vinculación de diferentes derechos con distintos tipos de normas, productos, escalas, áreas de competencia y mecanismos de adjudicación. Pero su modo de articulación no es caótico, sus interrelaciones son asimétricas. Algunos de los espacios que actúan como modos de producción del poder y del derecho, cumplen en un determinado momento la función de balizadores, dándole un determinado matiz a las distintas instancias de lo social.

Cuando la articulación es hegemónica, y en este caso, sostenemos que lo es, además el resultado se presenta como algo más o menos evidente y sobre lo que existe un consenso básico de fondo, que generalmente no se problematiza, o bien las posiciones críticas, que se salen del consensualismo alrededor de las características fundamentales del modelo, son tratadas como «excéntricas», «extremistas».

Así, luego de la Segunda Guerra Mundial, con el predominio de modelos estatistas y desarrollistas –sea en sus versiones de bienestar, soviéticas, populistas o de socialismo afroasiático–, el derecho estatal era el balizador por excelencia de los demás espacios de producción del poder y del derecho –sea los ámbitos domésticos, comunitarios, de ciudadanía, de producción, de mercado– o incluso se proyectaba en la proliferación del derecho interestatal a escala mundial, por seguir la clasificación de Boaventura de Sousa Santos. El derecho tenía como referente, y colaboraba en tanto medio de organización y control social, a la centralidad de la regulación y de la planificación de las relaciones sociales en sus distintas variantes. De esta forma, era también funcional a la expansión del espacio de la ciudadanía a

través de los derechos sociales, de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos e incluso, en la etapa final de esta forma de hegemonía, a la visualización de los obstáculos que, desde la dinámica de la relación Norte-Sur se oponían a la expansión de la ciudadanía social y del derecho al desarrollo, sintetizados en el reclamo de un Nuevo Orden Económico Internacional.

En la articulación hegemónica actual, los espacios balizadores y el desplazamiento de la regulación pasan fundamentalmente por la producción y el mercado que fijan parámetros o modulan la autonomía (siempre relativa) de los demás espacios: el mundial, el de ciudadanía y el comunitario. Así, la *lex mercatoria* aparece como resultado de una nueva forma de articulación entre el campo de la producción y el del mercado, mientras que el nuevo derecho internacional de la liberalización aparece como el resultado de la proyección sobredeterminante de aquella articulación central sobre el derecho interestatal. Ambas, a su vez, iluminan con un matiz diferencial los ámbitos de la ciudadanía, la comunidad y lo doméstico.

Por lo tanto, al no existir jerarquía formal de fuentes entre estos espacios de producción del derecho y el poder, se plantean las siguientes exigencias metodológicas:

a. no vale quedarnos encerrados en una teoría jurídica general o especial tradicional, necesitamos una mirada oblicua que relacione las distintas ramas del derecho, e incluso transdisciplinaria, que vincule el derecho con las comprensiones sociales y económicas de la globalización. b. Su articulación jerárquica debe ser rastreada a través de huellas que podemos visualizar por medio de instrumentos teóricos que son transdisciplinarios y/o que han sido desarrollados desde una perspectiva jurídica crítica.

Por ahora, consideramos necesarios recurrir a dos de estos instrumentos: la consideración de los diferenciales de eficacia de los distintos derechos como signo de su articulación jerarquizada y funcionalmente diferenciada, y los juegos jurídicos metanormativos.

La diferencia entre los mecanismos universales y regionales de protección internacional de los derechos humanos (especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, que echan de menos, por ejemplo, procedimientos y normas tan efectivas y coercitivas como las de la OMC) y los mecanismos de protección de los «derechos» de las corporaciones transnacionales por medio del mecanismo de reso-



lución de conflictos de la OMC y el entorno económico global favorable que proveen el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, son un síntoma de que la articulación hegemónica de la interlegalidad global tiene el efecto de conferir eficacias diferenciales, e incluso de activar y/o desactivar «zonas» enteras del derecho internacional, especialmente aquellas que constituyen distorsiones u obstáculos a la acumulación y libertad del capital y sus sujetos privilegiados: dichas corporaciones.

La eficacia diferencial de distintas porciones del «orden jurídico internacional» es signo de hegemonía.⁵² La hegemonía del neoliberalismo y la fuerza estructural del capital, activan diferencialmente porciones del dispositivo jurídico, lo que tiene una incidencia directa en la respuesta a la pregunta acerca de qué derechos se globalizan y cuáles, no sólo no lo hacen, sino que ven constreñidos sus niveles de garantía estatal, rompiéndose de esta forma su inescindibilidad y unidad, y por lo tanto su universalidad.⁵³ De esta forma, si la separación de los derechos en «generaciones» era fundada en la época de la guerra fría en la lucha ideológica, hoy es sustentada en la sobredeterminación o matización que la articulación hegemónica de la interlegalidad global produce: pueden globalizarse los derechos que son retóricamente compatibles con la acumulación de capital a escala mundial, que suponen marcos de previsibilidad y seguridad jurídica para la libertad de inversión y el derecho de propiedad privada, es decir, que no suponen regulaciones jurídicas y mucho menos transferencias de poder que interfieran con el «orden natural» del mercado globalizado. Sin embargo, este dato de la «seguridad jurídica» no alcanza para sostener la existencia de elementos de estado de derecho en el escenario global, salvo en un sentido lato o

⁵² Como dice Oscar Correas, «Todas las ideologías proponen conductas. Sin embargo, no hay ninguna otra ideología que, como el derecho, las proponga describiendo expresamente las conductas requeridas para evitar la sanción [...] Podría decirse que el índice de ventas, por ejemplo, podría ser signo de la eficacia de la propaganda comercial de un producto. Es cierto. Sin embargo, no diríamos que ello es signo de hegemonía política. El derecho es la ideología que, como ninguna otra, puede indicar posesión, crisis o falta de hegemonía» (Correas, 1992: 41-42).

⁵³ Derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes, adjetivos que usamos en este trabajo de acuerdo a la calificación usual de los mismos a partir de la Conferencia de Viena organizada por las Naciones Unidas en 1993.

formal, que como vimos al principio, es incompleta desde la perspectiva sustancial, en función de los derechos humanos y la democracia.

Estos dispares grados de eficacia entre zonas de la interlegalidad global repercuten también en los órdenes jurídicos nacionales de los estados, y son receptados de distinta forma: por ejemplo a través de la ficción de la distinción entre normas programáticas y operativas. Estas son inmediatamente aplicables, mientras que aquellas constituyen un «programa» que debe ser reglamentado y que queda sujeto entonces a la implementación futura del estado. La ficción consiste en confundir los derechos con el tipo de cláusulas que los regulan, así los derechos de primera generación son generalmente considerados como normas operativas e inmediatamente exigibles, y los de las generaciones posteriores como normas programáticas, y por lo tanto condicionados a su reglamentación y a las políticas del estado correspondientes. Por lo tanto, dadas las condiciones adversas como los estados de cosas y las obligaciones fomentadas por la globalización económica y su trama de condicionalidades –por ejemplo, los programas de ajuste del FMI, y las obligaciones jurídicas ante la OMC–, «lo programático (cláusula: derecho) se equipara con la inexistencia del derecho» (Raffin, 1997: 257).

Por otra parte, un entorno económico global favorable a la libertad de acumulación y circulación del capital y contraria a los derechos sociales y ambientales, también y complementariamente se pueden analizar a través de lo que Juan Ramón Capella (1999: 120 y ss.) llama juegos metanormativos, como el «compromiso condicionado de autoridad».

Así, por ejemplo, las normas que regulan las funciones que el FMI debe cumplir en la economía internacional tienen como condición de aplicación comportamientos económicos de los estados (léase el acatamiento de las pautas del llamado «Consenso de Washington»), que no constituyen un deber jurídico de estos.

Esa buena conducta macroeconómica de los estados de acuerdo con la ortodoxia económica monetarista, emergente de dicho «consenso», no está prescrita en normas de tratados internacionales ni tiene sanción jurídica en caso de incumplimiento. Se trata de reglas económicas, legitimadas «técnicamente» que hay que seguir para obtener ciertos bienes (crédito internacional), cuya provisión es regulada por la autoridad económica internacional del Fondo.



Aquí, como explica Capella, las reglas constituyen técnicas que se deben seguir para producir estados materiales de cosas, para conseguir determinados bienes que solamente la autoridad puede proveer.

Es evidente que la autoridad internacional del FMI en materia económica se ejerce por su capacidad material de inducir comportamientos macroeconómicos de los estados altamente endeudados y dependientes del crédito internacional, para lo cuál se establecen las «reglas técnicas» de la buena conducta económica. Cabe destacar, sin embargo, que esta capacidad disciplinaria del Fondo, siendo extrajurídica, refuerza un contexto socioeconómico contrario a la eficacia de los derechos económicos y sociales.

Por lo tanto, es evidente también que ese poder de fomentar estados de cosas y comportamientos sin recurrir a la coacción jurídica, está sin embargo, ligado a la existencia de una trama jerárquica del nuevo orden geoeconómico y geopolítico mundial.

La concurrencia de derechos y sus sujetos en el escenario global

En este contexto, cabe preguntarse *qué derechos se globalizan y quiénes son sus beneficiarios*.

Respondiendo a esta pregunta, María José Fariñas sostiene que

se consolida como global el respeto universal y formal de los derechos humanos en cuanto concepto propio de la cultura occidental, y especialmente de los derechos humanos de carácter individual y liberal, que no representan ninguna limitación en contra del principio básico de la libertad del mercado, y que son compatibles, por lo tanto, con la ideología neoliberal del mercado global, que en la práctica representa la explotación más despiadada de los seres humanos y de la naturaleza. (Fariñas Dulce, 2000: 15)

Los derechos que no se globalizan son la otra cara de la moneda, ya que la globalización neoliberal perpetúa y profundiza esa situación, descripta por Pierre Sané:

la evolución de la legislación internacional relativa a los derechos humanos ha estado marcada por una separación, tan artificial como engañosa, entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por otra; una separación que reflejaba un mundo polarizado por el conflicto ideológico y estratégico de la guerra fría [...] Hoy resulta esencial atender al desequilibrio entre los derechos económicos y los demás derechos de la persona, dado que el debate sobre las libertades fundamentales se desarrolla, cada vez más, en la esfera económica. Cuando los gobiernos no hacen nada para proteger a sus ciudadanos de los efectos negativos de la mundialización, la necesidad de hacer respetar y reforzar los derechos económicos es más evidente». (2001: 358-359)

Estamos entonces, ante la subsunción de los derechos humanos frente a la acumulación mundial de capital y sus necesidades, según las entiende la hegemonía ideológica del neoliberalismo. Porque más allá de la retórica legitimadora, en realidad unos derechos humanos realmente universales, indivisibles e interdependientes constituyen distorsiones del mercado, y su garantía jurídica una regulación inadmisibile en el paradigma neoliberal.

Con el desarrollo del Derecho Internacional Contemporáneo, más allá de los estados, dos nuevas subjetividades jurídicas se van afirmando, la de las personas –por medio de los mecanismos universal y regionales de protección internacional de los derechos humanos–, y la de las corporaciones multinacionales económicas y financieras –por medio de la *lex mercatoria* y el nuevo derecho internacional de la liberalización, en el contexto favorable de la globalización económica–.

Sin embargo, los intereses y necesidades de ambas subjetividades convergen contradictoriamente provocando que el postulado de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos heredado de la Conferencia de Viena del 93, se vea desmentido en la práctica. Los derechos aparecen escindidos, afectándose de esta forma la eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, ya que estos requieren regulaciones nacionales, regionales y globales que afectan la libre movilidad del capital y por tanto los «derechos» de las corporaciones, portadoras de los intereses hegemónicos.

En relación a los derechos humanos y a los derechos sociales, tomados en su totalidad, los Acuerdos de la Ronda Uruguay, que culminaron



en la institucionalización de la OMC –más el entorno favorable que presiona hacia la liberalización económica a través de la influencia de las otras instituciones económico-financieras internacionales–, crearon un sistema global de comercio construido para servir a las corporaciones multinacionales, dándoles los recursos para mover la producción alrededor del mundo y para proveer servicios o bienes a numerosos mercados simultáneamente.

El intento fallido de establecer al Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), por el cual las empresas multinacionales podrían enjuiciar ante una jurisdicción internacional obligatoria a los estados receptores de sus inversiones, es sintomático de una tendencia: la de conferir un reforzamiento de la posibilidad de las empresas transnacionales de ser sujetos de derecho internacional en un pie de igualdad frente a los estados.

Este reforzamiento de la subjetividad de derecho internacional de las corporaciones transnacionales, pese al fracaso del AMI, ya está teniendo un ámbito propicio en la OMC para su desarrollo y expansión; porque paralelamente al ámbito de regulación de los servicios, propiedad intelectual, inversiones y contratación pública, tanto los Estados Unidos como la UE, están llevando ante la jurisdicción de la OMC, los reclamos de sus empresas frente a terceros estados, y de esta forma, apoyando sus esfuerzos por instalarse ventajosamente en terceros mercados. A pesar de que el procedimiento de solución de diferencias de la OMC tiene como actores exclusivos a los estados, los Estados Unidos⁵⁴ y la UE,⁵⁵ se han dotado de procedimientos ad-

⁵⁴ En Estados Unidos, la Sección 301 de la Trade Act de 1974, enmendada por la Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988, permite que los particulares puedan solicitar ante el Representante de Comercio que emprenda acciones contra prácticas comerciales de otros estados que sean contrarias al derecho internacional o que considere injustificadas, irrazonables o discriminatorias. Las empresas estadounidenses han hecho un gran uso de las posibilidades que les ofrece la sección 301, lo cual explica en parte que los Estados Unidos sean, lejos, el miembro que ha iniciado más procedimientos de solución de diferencias, tanto antes ante el GATT, como ahora en la OMC. Ver Montañá Mora, 1997, pp. 177-179.

⁵⁵ En lo que se refiere a la UE, impulsada por la competencia comercial con los Estados Unidos, ha puesto en marcha la misma política desde mediados de los años ochenta, por medio del Reglamento 2641/84, denominado «Nuevo Instrumento de

ministrativos mediante los cuales las empresas pueden solicitar a la administración la presentación de reclamaciones contra prácticas comerciales de otros estados que lesionen sus intereses.

Para los fervorosos defensores de la posibilidad de que las empresas transnacionales puedan llevar sus reclamos frente a los estados, ante una jurisdicción internacional obligatoria para proteger sus inversiones y capitales de «obstáculos arbitrarios al comercio», tal tendencia, de concretarse, sería un «acto de justicia global» equiparable a la posibilidad que tienen los individuos en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos de acceder a una jurisdicción internacional o regional, una vez agotada la vía ante los estados, o ante la inviabilidad o inexistencia de la misma:

otros ejemplos recientes de acceso directo de los particulares a instancias internacionales pueden encontrarse en el Tribunal Internacional de Derecho del Mar y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la aprobación de los protocolos adicionales 9 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. La posibilidad de otorgar acceso directo a las empresas se ha justificado argumentando que los tratados internacionales, como lo demuestran los tratados en materia de derechos humanos, impuestos, derechos de propiedad de diverso tipo, etc., no sólo conciernen a los estados, sino que afectan directamente a los derechos e intereses de los individuos, ya sean personas físicas o jurídicas. (Montañá Mora, 1997: 183)

Política Comercial». Este exigía a las empresas reclamantes el agotamiento previo de los mecanismos internacionales de solución de diferencias, y les confería la carga de la prueba de que la práctica comercial cuestionada había provocado un daño a la industria comunitaria. Esta norma fue reemplazada el 1 de enero de 1996 por el Reglamento 3286/94, el cual extiende su ámbito de aplicación a los servicios, facilita que las empresas invoquen obstáculos al comercio por parte de terceros estados, y en su artículo 3.1 amplía la legitimación activa a «cualquier persona física o jurídica, así como cualquier asociación que no tenga personalidad jurídica, que actúe en nombre de un sector económico de la Comunidad que se estime objeto de un perjuicio resultante de obstáculos al comercio que afecten el mercado de la Comunidad, podrá presentar una denuncia por escrito» (Montañá Mora, 1997: 181).



Desde esta perspectiva, se considera que

el acceso directo de las empresas abriría una vía para superar las inhibiciones políticas propias de un sistema basado en la diferencia entre estados [...] en cualquier caso, la evolución del procedimiento de solución de diferencias hacia un sistema jurisdiccional resultará en un mayor protagonismo de los sectores de la industria directamente perjudicados por las medidas comerciales que se discutan, lo cual abrirá un nuevo mundo de posibilidades a las empresas. (1997: 185)

Bajo el paraguas de una subjetividad o personalidad jurídica abstracta se confunden legitimaciones activas tan diversas como la de los seres humanos que recurren a instancias de protección internacional para intentar obtener garantías frente a las violaciones de sus derechos humanos, y las corporaciones transnacionales que buscan respaldar y asegurar por medio de la forma jurídica, la posición que ya ostentan de hecho, y jurídicamente de manera indirecta a través de la OMC, como sujetos privilegiados en el nuevo sistema mundial. En la práctica, no hay punto de comparación entre el poder de aquellas y a la capacidad de las personas de carne y hueso, de defender sus derechos internacionalmente. La asimetría se hace patente al analizar la diferencia de efectividad en su capacidad de influenciar y obligar a los estados en las instituciones económico-financieras y comerciales internacionales –como el FMI y el BM–, o el sistema GATT/OMC, en relación a los avances y la eficacia en materia de protección internacional de los derechos humanos. También al analizar la movilidad absoluta del capital, casi imposible de regular para los «países beneficiarios», en relación a la penosa y arriesgada migración a través de las militarizadas fronteras entre el Norte y el Sur, de quienes ven violados sus derechos y su dignidad tanto en los países de origen como en aquellos en los que pretenden establecerse.

Los derechos de libertad no tienen nada que ver con el mercado, «que puede tranquilamente prescindir de ellos, tal como se ha comprobado durante los diversos fascismos y en las diversas involuciones autoritarias de nuestro siglo» (Ferrajoli, 1999). La distinción precisa de estas categorías de derechos es muy importante ya que

la actual estrategia de la globalización entiende los derechos humanos como derechos del poseedor, del propietario [...] Se trata de derechos humanos que se ubican en el interior de un mundo pensado a partir del mercado [...] piensan al mercado como un ámbito de libertad natural. Por tanto, jamás reclaman derechos frente al mercado. Se orientan como derechos frente al estado. Pero, de esta manera, resultan derechos que no son exclusivos de los seres humanos [...] se refieren tanto a personas jurídicas como a personas llamadas naturales. (Hinkelammert, 2000: 119)

En consecuencia, el despliegue de este paradigma alternativo, supone que los «derechos» de las corporaciones transnacionales no pueden imponerse sobre los derechos humanos de las personas de carne y hueso, ni restringir o condicionar las garantías supra-estatales o estatales de estos derechos, ni directamente –como por ejemplo, hubiera sido el caso de no haber fracasado la aprobación del AMI, o puede llegar a serlo de aprobarse algún «clon» del mismo en la OMC–, ni indirectamente –a través de la utilización que hacen los principales estados capitalistas de esa organización y otras como el FMI, BM–, para defender los intereses de sus corporaciones frente a los estados.

Globalización realmente existente y pluralismo jurídico

Una de las imágenes y objetivos de las tendencias neoidealistas y cosmopolitas de las relaciones internacionales, que se tuvo siempre presente desde el fin de la Segunda guerra Mundial y la creación del sistema ONU, ha sido el de un derecho internacional que tendía a parecerse más a los ordenamientos jurídicos nacionales, teniendo en su vértice una jerarquía de normas que procuraban asegurar la proscripción del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la cooperación, la paz internacionales, y los derechos humanos.

Sin embargo, la tendencia predominante de las formas de juridicidad que acompañan el despliegue de la globalización «realmente existente», parece ser el de la construcción de formas diferentes de derecho, que se caracterizan por tener distintos objetivos, racionalidades, velocidades y niveles de eficacia, donde los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos co-



existen con otras formas de juridicidad, como la nueva *lex mercatoria* y el nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales.

La aparente dispersión de las formas de pluralismo jurídico global, no carece, no obstante, de articulación y jerarquía, que se explican como consecuencia de su lógica hegemónica.

Para comprenderla es necesario un enfoque transversal, una mediación disciplinar entre el derecho y las ciencias sociales que estudian los diferentes aspectos de la globalización y entre las distintas ramas y ámbitos del propio derecho, que nos ayuden a comprender cuál es la lógica de la construcción de juridicidad en relación a los imperativos del nuevo contexto.

Aquí, en vez de construir una teoría del orden internacional para después encajar los fenómenos políticos y jurídicos en ella, a la manera de las teorías al uso en la ciencia política y las relaciones internacionales (de la *gobernanza* sin gobierno, del imperio o del «nuevo imperalismo»), hemos partido del pluralismo jurídico de la globalización para analizar los diferenciales de eficacia entre esas formas del derecho, y los contextos más favorables a unas formas de derecho que a otras, que suponen las condicionalidades de las organizaciones económicas y financieras internacionales. Esta forma de análisis, complementaria de las teorías sobre el orden global, revelan también la estructura jerárquica y asimétrica de la globalización neoliberal.

Los derechos humanos son en este trabajo una preocupación constante, en tanto componente esencial de un concepto sustancial de estado de derecho que debe confrontarse con el contexto de la globalización y las condicionalidades que ella impone. Desde esta perspectiva, resulta evidente que los derechos humanos que se globalizan son aquellos compatibles con los imperativos de la acumulación, libertad y movilidad del capital global, expresando la relación de fuerzas entre los nuevos actores del escenario global, y perpetuando la escisión entre las distintas categorías de los derechos humanos, pese a que estos se proclaman como universales, indivisibles e interdependientes.

CAPÍTULO VII

El trabajo de la democracia en el estado de derecho

Existe una tensión entre la democracia, basada en la voluntad de las mayorías y el estado de derecho como conjunto de vínculos y límites a los poderes sociales. Sin embargo, ni la definición de lo que sea la democracia es unívoca –sobre todo si la pensamos en sus aspectos deliberativos e instituyentes–, ni su institucionalización en el estado de derecho, tal cuál lo conocemos hoy, señalan una forma última e insuperable. Es necesario pensar el trabajo de la democracia *en y con el estado de derecho*, como innovaciones institucionales y consensos exigentes.

El estado de derecho contemporáneo es un estado constitucional. Los derechos fundamentales de las personas y la soberanía popular son sus fundamentos de legitimidad. Decir esto es incurrir casi en una redundancia. Pero es necesario comenzar estas reflexiones reiterando que el estado de derecho constitucional supone un conjunto de límites y vínculos al absolutismo de los poderes sociales públicos y privados. Indagar sobre el pasado, presente o futuro del estado de derecho es interrogarse de forma crítica (a la manera kantiana) sobre las posibilidades, los alcances y los límites del derecho como instrumento de regulación del poder.

Es posible hacerlo desde dos perspectivas, la externa y la interna. La primera se pregunta por la legitimidad de la arquitectura institucional del estado de derecho en relación a una serie de valores, entendidos como preferencias sociales generalizadas en un determinado contexto histórico, que determinan el marco de consenso que sustenta la legitimidad política. En ese sentido, las instituciones del estado de derecho, organizadas por medio de una constitución jurídica destacada, serán más o menos legítimas a la luz de dichos valores sociales e intereses. En sí misma, la arquitectura constitucional no es más que la positivización en forma de derecho constitucional de un conjunto de ideologías, valores e intereses de fuerzas sociales en pugna sobre cómo debe organizarse un estado.

El consenso social originario de los procesos constituyentes y de las prácticas institucionales políticas y jurídicas posteriores, mantienen siempre un grado de tensión con la dinámica de la vida social, sus preferencias valorativas generalizadas, los intereses, las ideologías y la acción de las fuerzas sociales y políticas que las impulsan.

De ahí que desde la perspectiva externa al orden jurídico, el problema de la legitimidad de las instituciones es teorizado desde la Filosofía Política, el Derecho Político y la Ciencia Política.

Desde el punto de vista interno, en tanto el estado de derecho constitucional es la captación lógica en forma de orden normativo del *reparto social de los bienes y de la palabra*,⁵⁶ los valores, intereses e

⁵⁶ La idea del *reparto*, originaria de la filosofía jurídica trialista de Werner Goldschmidt, adoptada en los fundamentos teóricos de su visión del Derecho Constitucional por Germán Bidart Campos, es formulada de la siguiente forma: el reparto es del orden de lo conductual y distribuye potencias o impotencias. Este orden de repartos fáctico es captado lógicamente en sus conductas ejemplares por la normatividad constitucional, en forma de normas de organización y de conducta, donde a la potencia corresponden derechos y a la impotencia corresponden obligaciones. Para nosotros, el reparto es un orden fáctico de distribución del poder a través de la distribución de la palabra, idea que tomamos prestada de Ricardo Entelman, y al mismo tiempo, es reparto de los bienes sociales satisfactores de necesidades humanas, suponiendo por eso un orden de jerarquización y valorización de las necesidades. ¿Cuáles necesidades?, ¿de quiénes? y ¿cómo se proveen sus satisfactores? En esto nos inspiramos en la teoría de las necesidades de la filósofa húngara Agnes Heller y sus aplicaciones al campo de la fundamentación de los derechos humanos por Joaquín Herrera Flores. Ver Bidart Campos, 2005; Goldschmidt, 1973; Entelman, 1990; Heller, 1998a Heller, 1998b. Finalmente Herrera Flores, 1989.

ideologías aparecen objetivados como normas de competencia y de conducta. Normas supremas: el derecho sobre la creación del derecho que pretenden y deben tener fuerza normativa y vinculante para los poderes sociales públicos y privados.

Esto tiene consecuencias en el análisis de la tensión, interna al estado de derecho, que se produce entre validez jurídica (sustancial y formal) y eficacia. Las contradicciones y lagunas entre los niveles normativos y el grado de cumplimiento efectivo en el orden de las conductas del estado de derecho en tanto que orden normativo, son preocupación de la Teoría Constitucional y del Derecho Constitucional.

Es en esos planos (externo e interno), donde hay que situar la tensión entre democracia y estado constitucional de derecho. En un sentido usual la democracia contemporánea es entendida como un sistema representativo, de competencia plural entre partidos políticos, que supone la alternancia en el poder, el principio de decisión y gobierno mayoritario y el respeto de las minorías. Sin embargo, la democracia también es algo más y algo menos de su sentido etimológico y originario de «gobierno del pueblo». Algo más ya que la acepción común más aceptada, supone esas características (representación, partidos, elecciones, regla mayoritaria). Algo menos, en tanto las características assemblearias, deliberativas e instituyentes inherentes al concepto originario, que tenía como regla básica el sorteo (dada la igualdad expresada en la *isegoría e isonomía* de la ciudadanía, del concepto originario oriundo de Atenas y la Grecia clásica), son cada vez más difíciles de constatar en los usos contemporáneos, especialmente en la escala estatal nacional.

Una vez más, no es ocioso recordar esta diferencia que habita los usos del concepto, toda vez que las teorizaciones descriptivas o empíricas que analizan la democracia, dan por sentadas una serie de formas institucionales que serían definitorias de la misma. Tal el caso, por ejemplo, del concepto de «poliarquía» en Robert Dahl.⁵⁷

⁵⁷ «De esta forma, se entiende por democracia una mera forma de ejercer el poder por una minoría, respaldada y legitimada por el apoyo popular mediante elecciones periódicas, y si acaso, con algunas pequeñas dosis más profundas de participación» (Sánchez Rubio, 1997: 124).



En realidad, la democracia es en sí mismo un concepto crítico. No necesitamos adjetivarla para constatar esto, y si finalmente lo hacemos y la calificamos como deliberativa, participativa o radical, incurrimos en una tautología para diferenciarnos de las teorías descriptivas o que dan por sentado el contenido normativo del concepto y sus correspondientes formas institucionales.

Como dijera Carlos Nino, en verdad,

No hay instituciones distintivas de la democracia [...] fuera de una teoría valorativa que justifica un conjunto de opciones. El «hiperrealista» que piensa que él puede partir de algunas instituciones presentes en la realidad y elaborar los medios para estabilizarlas sin traer sistemáticamente la teoría moral que la justifica, incurre en una confusión conceptual. La realidad no nos dice qué instituciones son esenciales y cuáles contingentes en relación a un concepto normativo como el de democracia, y de esta forma, no podemos determinar qué contingencia podemos manipular para preservar lo esencial del concepto. (Nino, 1992: 571-572)

A esto cabe agregar, sin embargo, que lo inherente a la democracia como concepto problemático y crítico es que ella no consiste en un conjunto de instituciones que encuentren su fundamento moral fuera de ellas mismas. La característica crítica de la democracia es que supone la deliberación e imaginación popular sobre cuáles son sus formas institucionales, y también la posibilidad de transformación, renovación de sus fundamentos morales (en tanto lo que sean la libertad y la igualdad, no puede darse por sentado sin un análisis histórico). Es crítica porque su ejercicio consecuente pone en cuestión, problematiza constantemente sus instituciones y los contenidos de la libertad e igualdad que siempre han sido invocados como sus fundamentos morales.

La tensión con el estado de derecho se hace evidente. El estado de derecho, a través de su constitución jurídica destacada, pretende fijar un conjunto de vínculos, supuestos de ejercicio y límites a todos los poderes sociales, incluso los deliberativos, imaginativos e instituyentes del *demos*. Lo hace con fundamento en los derechos individuales y las libertades públicas fundamentales que no pueden ser conculcados por mayorías históricas circunstanciales.



Desde la perspectiva externa, la democracia concurre con otros valores e ideologías, otros discursos políticos (por ejemplo, el republicanismo, el liberalismo) sobre la organización social y sus supuestos, que se institucionalizan o articulan en la ingeniería institucional del estado de derecho. En esta perspectiva, resulta relevante cuáles fueron las fuerzas sociales y políticas que la impulsaron en cada caso y qué características peculiares ha tomado en relación a los otros discursos políticos, con los que se articula de forma tensa o complementaria en una trayectoria histórica y en una sociedad determinada. En relación a esto, resulta evidente que el estado de derecho en sentido sustancial se vincula con la tradición del «gobierno mixto», donde las formas «puras» se articulan.

Desde la perspectiva interna, la democracia se recorta y expresa en unas reglas de juego, institucionalizadas por el derecho, que permiten renovar la legitimidad del sistema político y del estado de derecho (elecciones, representación, participación, opinión pública libre). Encuentra límites en los derechos y libertades, en la misma representación política, en el sistema de partidos, en tanto formas fijadas en el estado de derecho. La democracia institucionalizada al interior del estado de derecho se concreta como normas jurídicas que establecen quiénes y cómo acceden al gobierno en representación del *demos*, es decir, como dimensión formal procedimental. Cómo el *demos* participa en la formación del gobierno y de su voluntad.

Las competencias gubernamentales se encuentran limitadas, la constitución jurídica destacada y los derechos fundamentales por ella declarados y garantizados suponen límites infranqueables para los representantes del *demos*. Ellos marcan límites negativos (lo que no pueden hacer), como garantía de los derechos personalísimos, civiles y políticos, y límites positivos (lo que no pueden omitir) en materia de prestaciones de bienes públicos y medidas de acción positiva que garantizan los derechos económicos, sociales y de interés público de las mayorías y de las minorías.

Si en el campo de la ciudadanía y de los derechos de las personas deben presumirse la libertad y la igualdad jurídicas, de forma tal que todo lo que no esté expresamente prohibido (de forma fundada y razonable) está permitido, en el campo de los poderes y órganos públicos del estado rige el principio inverso, todo lo que no está expresamente permitido en su marco competencial, debe presumirse prohibido, arbitrario e irrazonable.



La constitución, su supremacía, exige una práctica política e institucional que actúa «como si» existiera de forma constante y estable un consenso superpuesto a los poderes constituidos, incluso los que surgen del *demos*. Contrapone un *demos* instituyente originario a un *demos* derivado, cuantificado a través del sufragio y las elecciones de representantes y limitado en relación a aquel, como una copia borrosa o una caricatura con relación al original que era deliberante e instituyente de forma «absoluta».

Ese consenso superpuesto y supuesto, se articula en la forma del derecho constitucional positivo, que contiene la captación lógica y objetivación normativa del reparto de potencias e impotencias, de la distribución de la palabra y de los bienes, en el que quedan acotadas las obligaciones y los derechos del *demos*. Este reparto, como normatividad objetivada por el orden jurídico, empezando por la constitución, que es derecho sobre la creación del derecho, constituye un deber ser que entra en tensión, en el plano externo, con la realidad fáctica e histórica de los «factores reales de poder» en el orden de los repartos de la palabra y de los bienes, generando problemas de legitimación. En el plano interno, la incoherencia e incompletitud de las normas y prácticas jurídicas tensionan hacia la ineficacia de muchos de los derechos y garantías estipulados en el reparto constitucional normativo, y por lo tanto hacia la invalidez de las normas inferiores. Pero entonces, es necesario reconocer que poco queda de la democracia en su sentido fundante, instituyente, deliberativo e imaginativo ya que al interior del estado de derecho ella debe aceptar como dado el reparto institucionalizado en la constitución jurídica destacada.

En síntesis, como sostiene Roberto Gargarella, el conflicto entre las ideas de democracia y estado de derecho constitucional pareciera surgir

del hecho de que ellas apelan a principios opuestos. Nuestros compromisos democráticos apelan a un principio que a primera vista no reconoce límites, y según el cual no hay ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando colectivamente. Mientras tanto, por otro lado, ideas tales como las de Constitución y derechos humanos nos llevan a pensar, justamente, en límites infranqueables, capaces de resistir la presión de cualquier grupo y aun, especialmente, las presiones de un grupo mayoritario. (2004: 69)

La tensión está servida y de ella dan cuenta variadas posiciones que revisaremos a continuación.

Argumentos sobre la tensión entre estado de derecho constitucional y democracia

Discusiones teóricas contemporáneas

Como ejemplo de esto, tomaremos algunas de las distintas posiciones sobre la tensión entre democracia y estado de derecho.

El escenario en que se desenvuelve el principio democrático es el del estado de derecho. ¿Cómo teorizar este despliegue tenso del principio democrático, siempre impulsado por unos actores sociales histórico-concretos, al interior de las instituciones del estado de derecho?, ¿cuáles son las categorías que permiten captar el trabajo de la democracia en ese contexto de instituciones, frenos y contrapesos, vínculos y límites jurídicos?

Las respuestas y las perspectivas para fundarlas son, como veremos, variadas. Nos interesa ejemplificar aquí a través del contraste entre posiciones que presentan el principio democrático como exterior e irreductible al estado de derecho y al constitucionalismo, sea en versión conservadora (Carl Schmitt), o crítica (Antonio Negri), o bien que la reducen a la dimensión normativa inmanente del derecho positivo, incurriendo en una falacia normativista, tal la crítica de Luigi Ferrajoli.

Carl Schmitt, con su agudeza terrible, nos proporciona una descripción que disocia en el seno del estado de derecho a la democracia del liberalismo. En efecto, para el jurista de Pletterberg, el estado de derecho no es más que un conjunto de neutralizaciones y despolitizaciones, compromisos dilatorios que mediatizan las decisiones constituyentes soberanas, el carácter absoluto de los principios políticos puros como la «monarquía» o la «democracia» en tanto que decisiones sobre la forma concreta de existencia política de una comunidad (1992: 32-34).

De ahí que para Schmitt estos principios aparezcan deformados, neutralizados en su carácter absoluto por el estado de derecho como «presidencialismo» o «parlamentarismo». De ahí su crítica a la democracia parlamentaria y su defensa de una interpretación extensiva de los poderes de excepción presidenciales.



La radicalización introducida por Schmitt en la tensión entre liberalismo y democracia, sin embargo, se resuelve en una crítica reaccionaria del estado de derecho y la democracia parlamentaria. La democracia entendida sobre todo a partir de la homogeneidad del pueblo y la aclamación, es enemiga del pluralismo y la deliberación. De este modo, se desprende que la democracia para Schmitt sea incompatible con el estado de derecho y con el parlamentarismo, y en cambio tenga una afinidad electiva con la dictadura y la jefatura popular que representa existencialmente, encarnando la unidad de pueblo y nación (Gómez Orfanel, 1986: 268).

Aparece aquí la influencia del concepto weberiano de legitimación carismática en el pensamiento de Schmitt; pero mientras para aquel el carisma es compatible con el mecanismo representativo parlamentario, y constituye al mismo tiempo una posibilidad de lograr un factor moderador de la «jaula de hierro» que supone la dominación burocrática, en este, carisma plebiscitario y representación son antagónicos e incompatibles.

En la idea schmittiana, la democracia plebiscitaria encarnada en el jefe aclamado por la totalidad homogénea del pueblo

está apoyada o exige una entrega de abajo hacia arriba. Si bien la misma supone un interés (protección-obediencia), la relación está dominada por una identificación total del pueblo (sujeto global) con la ideología dominante que impone el soberano y no permite, tampoco, ningún espacio de pluralismo. (Bertín, Corbetta, 1997: 79)

Antonio Negri, por su parte, asocia el principio democrático al poder constituyente. También describe esa tensión de una democracia sujeta al interior del estado de derecho. Pero aquí, lejos de resolverse el principio democrático en una fórmula de exaltación reaccionaria del orden concreto, la homogeneidad y la jefatura (como poder), aparecen las formas del enjaulamiento espacial y temporal de la «potencia de la multitud».

En el constitucionalismo, la democracia como poder constituyente es concebida

como extraneidad o bien como interioridad para distribuir en el espacio de las mediaciones; en todo caso; debe ser neutrali-

zado cuando se presente como determinación innovadora. La valoración negativa del poder constituyente está sobredeterminada por la concepción espacial de lo político, un espacio recorrido por una geometría constitucional, más o menos formalizada, unas veces abierta y otras cerrada, en todo caso predispuesta a controlar toda innovación [...] El poder constituyente se transforma en un «incidente». (1994: 382)

En el otro extremo, el positivismo jurídico propone una reabsorción de la democracia al interior del poder constituido y del orden jurídico positivo. La democracia es asimilada a la validez jurídica sustancial derivada de los principios políticos y morales que se encuentran en el «derecho sobre la creación del derecho», es decir, en la Constitución. El análisis se detiene en este punto, inmanentizando la democracia y anulando toda referencia a su dimensión de exterioridad radical y fundadora en relación a la normatividad jurídica. La democracia encuentra límites jurídicos en cuanto

a qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas constitucionales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los demás principios axiológicos establecidos por aquélla. (Ferrajoli, 1992)

El propio Ferrajoli, al diferenciar entre plano externo e interno, atribuyendo a aquel el problema de la (i)legitimación constante del estado de derecho desde la perspectiva de los derechos y la democracia, y a este el de la tensión interna al orden jurídico entre validez sustancial y formal de los niveles normativos inferiores y eficacia del nivel normativo constitucional, nos previene contra la falacia normativista⁵⁸ y va más allá del positivismo jurídico decimonónico («paleopositivismo» en sus términos).

⁵⁸ Se trata de «la idea de que basten las razones de un derecho bueno, dotado de sistemas avanzados y actuables de garantías constitucionales, para contener al poder y poner los derechos fundamentales a salvo de sus desviaciones» (Ferrajoli, 1997: 941).

En el caso de Schmitt, el absolutismo del principio democrático se resuelve en una negación de la democracia convertida en dictadura plebiscitaria; en el caso del positivismo jurídico y del constitucionalismo liberal moderno, ella es asimilada a lo instituido; en Negri, se entiende la radicalidad y exterioridad del carácter constituyente de la democracia como fundación, creación, sin embargo no ilumina cómo ella trabaja al interior del estado de derecho, en un campo de tensiones donde nunca puede ser totalmente neutralizada, ni tampoco realizada.

Las posiciones oscilan entre la teorización de la democracia como fundación y ruptura radical, es decir, como exterioridad absoluta, poder constituyente originario ilimitado; y otra que teoriza la democracia como dimensión de lo instituido. Sin embargo, estos momentos que unilateralizados resultan sesgados e insuficientes, son ambos necesarios desde nuestra perspectiva.

La forma adecuada de enfocar el problema del trabajo de la democracia en relación al estado de derecho, se desmarca tanto de una visión exclusivamente jurídico-inmanente, como de la perspectiva radicalmente externa. De lo que se trata es de construir una teoría que articule y medie entre ambas dimensiones, que encuentre su espacio de formulación en la tensión entre política y derecho, entre contexto social y prácticas jurídicas, entre lo instituido y lo instituyente.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, la democracia:

a. no puede asimilarse en forma reaccionaria a homogeneidad, aclamación y representación existencial delegativa.

b. No puede reducirse a una dimensión de validez normativa inmanente al ordenamiento jurídico.

c. No puede asimilarse solamente a un principio radical exterior y fundador del orden porque su trabajo es continuo y transversal, tanto exterior como interior. Ella continúa actuando al interior del estado de derecho, permitiendo la creatividad y la innovación institucional.

Luego, ¿cómo escapar a estas posiciones sesgadas y dicotómicas y apostar por una teoría de la democracia en el estado de derecho que sea a su vez coherente con la posibilidad de la apertura y de la innovación social, cuya apuesta sea comprender y mantener activo el trabajo de la democracia en el estado de derecho constitucional?

Discusiones históricas

Es necesario recuperar una serie de discusiones históricas que revelan dimensiones posibles de esta recuperación de la democracia al interior del estado de derecho constitucional.

En primer lugar, el constitucionalismo y sus teorizaciones han adoptado como uno de sus principios el de *estabilidad*. La constitución como una catedral (Nino, 1992: 63), que supone una convención básica fundante y la interacción a lo largo del tiempo, se va construyendo a través de generaciones, como obra duradera y con vocación de permanencia, apuntalada por una interpretación y unas prácticas constitucionales de corte originalista/historicista.

Ya en los debates constituyentes de los Estados Unidos de Norteamérica, en función de la apertura temporal del principio democrático, Paine y Jefferson argumentaron que las generaciones constituyentes no pueden privar a las venideras de ese mismo ejercicio democrático del poder constituyente (Gargarella, 2004: 73).

En efecto, ¿por qué las generaciones venideras deben presuponer un consenso constitucional del que no han tomado parte?, ¿por qué no podrían revisarlo y renovarlo a través de las prácticas y la interpretación constitucional? Podría argumentarse respondiendo que los momentos fundadores constituyentes fueron expresiones de un consenso fuerte de la soberanía popular, de una decisión del pueblo soberano sobre su forma de existencia política; sin embargo, en los casos del constitucionalismo liberal,⁵⁹ el análisis histórico revela que en realidad, pese a las invocaciones generales al pueblo soberano, los ciudadanos activos, participantes, eran una minoría. Constituían la otra cara de un orden de exclusiones, trabajadores, pobres, negros y mujeres.

De hecho, las propias argumentaciones que sostenían la necesidad de equilibrios y contrapesos (Montesquieu, Madison, Tocqueville), no sólo tenían como blanco el absolutismo del poder, sino también al principio democrático, que era considerado susceptible de deslizarse hacia la pasión e irreflexividad de las multitudes, hacia el despotismo

⁵⁹ Como lo son típicamente los procesos constituyentes de los Estados Unidos de Norteamérica y de la República Argentina.

de las mayorías sociales y un igualitarismo irrefrenable que perjudicara a los sectores pudientes e ilustrados del pueblo.

Además, el paralelo entre el proceso histórico de ampliación de la base de legitimidad democrática y el de la ampliación de las garantías de nuevos derechos a través del constitucionalismo democrático y social (derechos políticos, sociales, de interés público), nos hace sospechar que la tensión democracia-constitucionalismo-derechos tiende a resolverse en la medida que adoptamos la perspectiva *ex parte populi*, «desde abajo».

Se trata, en definitiva, de revisar qué es el consenso democrático del que estamos hablando. La pretensión de estabilidad presupone un consenso superpuesto con vocación de duración que fija las competencias, los derechos y la participación ciudadana. Por nuestra parte, entendemos que cuando se discute el grado de inclusividad de los procesos políticos y sus pretensiones de estabilidad, en realidad se está discutiendo el significado mismo del consenso. Se está haciendo una petición de principio a favor de un *consenso exigente*, que no debe darse por supuesto en forma estática y que debe renovarse cotidianamente en la práctica y la interpretación constitucional, permitiendo así la deliberación, imaginación, apertura y el dinamismo de la *innovación institucional*.

¿Qué democracia para el estado constitucional de derecho?

Más acá y más allá de la democracia deliberativa

En los últimos años, varios e importantes pensadores han rescatado, desde perspectivas diversas, la dimensión deliberativa de la democracia –Habermas (1998), Nino (1997), entre otros–. El rescate de esta dimensión nos parece importante, ella marca una diferencia cualitativa con el enfoque pluralista, que supone a la democracia como un sistema de mera agregación de preferencias. La mera agregación puede legitimar desigualdades y prejuicios que refuerzan la brecha con la situación fáctica de «subciudadanía» de los sectores sociales más desfavorecidos.

La deliberación supone las libertades públicas, la igualdad y el reconocimiento de la alteridad, para poder generar un proceso demo-

crático que transforme las preferencias a partir de la fuerza de las argumentaciones. En el caso de Habermas, la situación ideal de comunicación supone un contra-fáctico que sirve para enjuiciar críticamente la «democracia realmente existente», y su realidad en mayor o menor grado puede encontrarse en la sociedad civil y la opinión pública de ciudadanos informados y comprometidos que ejercen un «poder de asedio» sobre el sistema político y el sistema económico autonomizados, anclándolos en la argumentación moral. En el caso de Nino, además, la regla de la mayoría sólo se justifica por razones de tiempo y eficacia que hacen que la deliberación debe ser interrumpida para decidir, y su realidad puede construirse a través de una serie de ingenierías institucionales de democracia participativa.

La deliberación sería la característica virtuosa de gestionar el desacuerdo de forma abierta y creativa, igualitaria y simétrica.

Sin embargo, este tipo de procedimientos reconstructivos y contra-fácticos siempre nos dejan con una cierta incomodidad, dada por sus distancias con la «tosca materia» de la realidad política. Por eso, es necesario, sin descartar la necesaria dimensión deliberativa, hacer un análisis más minucioso del tema, que contemple sus condiciones de posibilidad más acá y más allá de la democracia deliberativa tal cual fue establecida por sus teóricos contemporáneos.

El desacuerdo: motor de la política y de la democracia

Más acá, es necesario establecer que el consenso de unas reglas de juego deliberativas que suponen igualdad, libertad y simetría entre sus participantes, es, puede ser, el resultado de una relación de inclusión/exclusión. Por lo que es necesario establecer la premisa del desacuerdo sobre quiénes son parte del mismo. Y esto nos remite a la historización necesaria y la consideración del desacuerdo fundante. La política, al menos en el ámbito de la cultura occidental, nace con la irrupción del *demos*, aquellos que –a diferencia de los *oligoi* que aportan la riqueza y de los *aristoi* que aportan su virtud–, aportan a la *polis* nada más y nada menos que su libertad. Los que en el orden comunitario antiguo no tenían parte, reclaman su parte y terminan confundándose con el todo en la política democrática.

De ahí que este desacuerdo fundante, previo a toda situación deliberativa, para Jacques Ranciere (1996), supone primero responder al siguiente interrogante: ¿quiénes pueden proponer, argumentar



y deliberar? Política y democracia nacen conjuntamente. El orden antiguo no era político por lo mismo que no era democrático, las partes de la sociedad ya tenían asignadas funciones. La irrupción del *demos*, reclamando su parte, genera un desacuerdo distorsivo sobre el orden de los repartos de los bienes y de la palabra que fundó la posibilidad de la política democrática. La libertad del pueblo no era previa a su irrupción, el *demos* se construye con, y a través, del desacuerdo mismo. Y el desacuerdo es, desde entonces, la sustancia de la reflexión sobre la política.

Historizar las situaciones ideales reconstructivas, ver quiénes en las situaciones históricas concretas quedan fuera (y potencialmente) disconformes con el reparto de la palabra y de los bienes, es asumir el desacuerdo como fundador, nervio de la política democrática. Un ejemplo clarificador referido a la metáfora por excelencia de la política moderna: el contrato o pacto social, fundó siempre un orden de reparto basado en la igualdad y simetría de los contratantes incluidos (varones, blancos, propietarios, europeos), pero implícitamente entonces en los excluidos (mujeres, negros o indígenas, trabajadores y pobres, habitantes de las colonias...). Estos serán los que, en lo sucesivo, reclamarán su parte (*la parte de los sin parte*) e impugnarán el orden de los repartos.

Además, más allá de la teoría contemporánea de la democracia deliberativa, esto supone que la situación ideal de comunicación, no puede plantearse de forma abstracta al reparto de los medios materiales de satisfacción de las necesidades, ni de los medios culturales e informativos, de lo contrario, se escinde arbitrariamente la cuestión de las asimetrías de la distribución de la palabra (lo político-jurídico), de las asimetrías en la distribución de los bienes materiales de satisfacción de las necesidades y de la cultura y la información (lo social). Es decir, se pone entre paréntesis, a través del procedimentalismo abstracto de la comunicación ideal, el *problema de la igualdad y de la justicia*, que es lo concreto sobre lo que se genera el desacuerdo.

La democracia y el consenso exigente

De esta forma, estamos en condiciones de definir mejor el *consenso exigente* como presupuesto del trabajo de la democracia en el estado de

derecho constitucional. Dicho consenso supone asumir la posibilidad del desacuerdo como previo a la deliberación, es decir, como irrupción de la cuestión de quiénes toman parte en la deliberación sobre el reparto de la palabra y de los bienes. El desacuerdo asumido en su productividad democrática deviene (des)acuerdo, ya que abre y dinamiza las instituciones del estado de derecho. El (des)acuerdo es un desacuerdo que no termina inexorablemente en la secuencia amigo-enemigo, decisión del soberano, restauración-fundación del orden concreto, sino que en el estado de derecho democrático, es tratable y productivo.

En la perspectiva externa, esto supone la (des)legitimación política constante de las prácticas de los poderes constituidos. En efecto, entre la pretensión de legitimidad del estado constitucional de derecho y la legitimación efectivamente obtenida existe una brecha que debe llenarse, la pretensión siempre es mucho mayor que la legitimación efectivamente obtenida. Ese es el espacio del desacuerdo.

Esa brecha puede llenarse por el recurso a la amenaza, o por medio de la administración selectiva de la violencia, cuando se criminaliza la expresión del desacuerdo sobre el reparto como protesta social o política. Puede llenarse por medio de la asimetría en la distribución de la palabra, reforzando la exclusión de las voces disidentes de los circuitos de cultura e información. Puede llenarse admitiendo la alteración del orden material de los repartos de bienes satisfactorios de necesidades, sin permitir la discusión sobre el orden mismo: distribuir satisfactorios materiales sin admitir el cuestionamiento de la forma misma del orden de los repartos de la palabra.

Pero la forma democrática de avance de los derechos y de la democracia misma ha sido la de asumir la productividad del (des)acuerdo histórico, que ha llevado a los procesos de lucha por la apertura y consolidación de espacios de dignidad humana a enriquecer el concepto y las dimensiones de la ciudadanía y de los derechos. Desde la perspectiva de la ciudadanía, democracia y derechos se refuerzan mutuamente: aquella abre el espacio de la política a los que reclaman su parte y estos aseguran, garantizan, inscriben en el derecho positivo, lo así obtenido en el reparto de la palabra y de los bienes.

En la perspectiva interna al estado de derecho constitucional, la asunción de la fuerza productiva del (des)acuerdo, supone una concepción compleja, dinámica y abierta de constitución, supone su historicidad y politicidad como forma de articulación de un conjunto



de intereses, ideologías y valores en disputa. Politicidad implica que el (des)acuerdo se da en torno de los contenidos y las prácticas constitucionales, ya que afecta el orden de los repartos (de la palabra y de los bienes). La constitución es un conjunto de reenvíos entre sistema político y económico, la cultura y el orden jurídico, vida en forma y forma nacida de la vida (Heller, 1985). Al juridizar valores e intereses ella marca el umbral entre la perspectiva externa (tensión legitimidad-legitimación-legalidad) e interna (tensión validez-eficacia).

La práctica y la interpretación constitucional son espacios de lucha que inciden en el grado de eficacia de la constitución jurídica destacada. Los paradigmas jurídicos actualizan o silencian aspectos de la normatividad constitucional, inciden en la legitimación y en la validez jurídica. Realizan jurídicamente ideologías y valores políticos de forma histórica y espacial concreta.

El análisis de los paradigmas jurídicos implica problematizar «los nexos de sentido que permanecen latentes [...] y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales» (Habermas, 1998: 470).

De ahí que, las prácticas y la interpretación constitucionales impliquen siempre paradigmas jurídicos en pugna que tienen su vértice en distintas lecturas del programa constitucional, teniendo consecuencias en la adecuación entre sus órdenes de realidad (normatividad y normalidad) y su grado de eficacia.

La lucha por imponer una lectura paradigmática de la constitución, como ha dicho el constitucionalista brasileño Clemerson Merlin Cleve, hace de la misma

el gran espacio, el gran «locus» donde se opera la lucha jurídico-política. El proceso constituyente es un proceso que se desenvuelve sin interrupción, inclusive después de la promulgación, por el poder constituyente, de su obra. La lucha, que se trababa en el seno de la asamblea constituyente se transfiere al campo de la práctica constitucional (aplicación e interpretación). Afirmar esta o aquella interpretación de determinado dispositivo constitucional, defender su potencial de ejecución inmediata o apuntar a la necesidad de interpretación legislativa, constituyen comportamientos dotados de clarísimos compromisos ideológicos que no pueden ser desmentidos. (Merlin Cleve, 1993: 40)

Por lo que, la expresión del (des)acuerdo encuentra su apoyo en los contenidos y en las prácticas constitucionales de apertura democrática y de garantía de derechos que hacen a un *paradigma jurídico democrático, garantista y social*.⁶⁰ En efecto, ¿cómo puede expresarse el (des)acuerdo sobre el reparto fáctico de las palabras y de los bienes? ejerciendo los derechos y libertades públicas (de participación, asociación, reunión, manifestación, información), consagrados en la constitución.

En nuestra situación argentina y latinoamericana, marcada por la desigualdad, el reparto fáctico inscripto en las prácticas de la normalidad social está *más acá*, es más conservador y regresivo que el reparto normativo establecido por la constitución: ella contiene directivas de interpretación, derechos y garantías⁶¹ que reclaman fuerza normativa y son el soporte jurídico de la activación democrática del (des)acuerdo.

También constituyen un discurso público disponible que va más allá de los operadores jurídicos «expertos» y puede ser apropiado socialmente como marco cultural del (des)acuerdo, conectando la lucha interna en el derecho con la lucha social y política externa, a través del lenguaje común de los derechos que expresan el (des)acuerdo democrático.

Existe una conexión entre el activismo social por la dignidad y los derechos jurídicamente garantizados. Entre lo que venimos llamando plano externo e interno. Aquél es la garantía política y social de la mayor eficacia de los derechos y las garantías jurídicamente reconocidos. Su definición más eficaz es la ofrecida por al artículo 23 de la

⁶⁰ Sobre el paradigma jurídico garantista ver Medici, 2005, p. 575.

⁶¹ Nos referimos a los derechos implícitos del artículo 33 derivados de la soberanía popular, y al programa irrealizado del 14 bis, pero también y especialmente a las reformas introducidas en 1994: el capítulo de nuevos derechos y garantías, que consagra las formas de democracia semidirecta, los derechos de interés público, el amparo colectivo ante la acción u omisión inconstitucional, el desarrollo humano sustentable y la solidaridad intergeneracional, el protagonismo de las asociaciones de interés público. También a los mandatos que establece el artículo 75 y que deben cumplir los legisladores en el sentido de asegurar medidas de acción positiva contra la discriminación y la desigualdad fáctica, la justicia social, la propiedad comunitaria y el reconocimiento cultural de los pueblos indígenas, entre otros.

Constitución del Año I de la Revolución Francesa: «la garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos». ⁶²

La conciencia y el ejercicio de los propios derechos es, al mismo tiempo, el presupuesto cultural del sentido de la igualdad, de la solidaridad y el respeto civil de las otras identidades personales. Además, las luchas por los derechos no son sólo un instrumento de defensa de los derechos violados. También son lugar y momento de la elaboración y reivindicación de nuevos derechos para la tutela de nuevas necesidades individuales y colectivas (Ferrajoli, 1995: 945). Promueven la *innovación institucional* para adecuar el orden de los repartos de la palabra y de los bienes a nuevas significaciones sociales de la igualdad y de la justicia.

(In)conclusiones: el trabajo de la democracia con y en el estado de derecho

Presentamos a continuación unos breves y provisionales postulados que surgen de todo lo dicho y que apelan a la posibilidad de este camino de refuerzo mutuo y solidaridad entre la democracia y el estado de derecho constitucional. Conclusiones breves y provisionarias que deberán ser sometidas a la posibilidad del desacuerdo y del debate de argumentos, y por eso mismo, (in)conclusiones:

La igualdad como articulador de la democracia y el estado de derecho

El (des)acuerdo que abre la política democrática a los requerimientos de un consenso exigente, renovado, nunca presupuesto y permite la innovación institucional del orden de los repartos de los bienes y de la palabra en el estado de derecho, no es sino la búsqueda de la igualdad.

Asumiendo la perspectiva de las personas y de sus derechos, debemos partir del principio de la igualdad. La igualdad moderna es

⁶² Citada por Ferrajoli, 1995, p. 944.

igualdad en derechos fundamentales.⁶³ Al mismo tiempo, nos comprometemos con la democracia porque asumimos que todas las personas tienen derecho a decidir y deliberar sobre las cuestiones que afectan su vida cotidiana, sobre el orden de los repartos del que depende su libertad, bienestar y felicidad.

La idea de igualdad que articula el trabajo de la democracia con las garantías del estado de derecho que aseguran los derechos fundamentales de las personas y las libertades públicas, es compleja. Por un lado, supone la obligación del estado y de la sociedad de remover los obstáculos de hecho, económicos y sociales que impiden a las personas desarrollar libremente sus planes de vida y participar de la vida social y política. Es decir, la igualdad social en el plano fáctico como condición de posibilidad de la libertad.

Por eso mismo, la igualdad así entendida es condición de la pluralidad de opciones de vida (moral, religiosa, sexual, cultural) y resulta no homogeneizadora. Igualdad y diferencia aparecen entonces en esta perspectiva como dos caras de la misma moneda. No se puede renunciar a uno de esos aspectos sin poner en riesgo al otro.

Finalmente, es preciso reiterar aquí una vez más que la perspectiva que nos permite articular a partir del valor fundamental de la igualdad a la democracia y al estado de derecho es la *ex parte populi*, «desde abajo», de las personas, de su ciudadanía y de sus derechos que siempre pueden innovar el orden de los repartos de los bienes satisfactores de sus necesidades y de la distribución de la palabra en la sociedad.

El consenso exigente no se puede presuponer

La necesidad de consenso exigente que surge del trabajo innovador y deliberativo de la democracia, supone la asunción de la productividad del (des)acuerdo sobre el orden de los repartos sociales. La necesidad de

⁶³ Entendidos, siguiendo a Ferrajoli, como aquellos derechos universales porque corresponden a todas y todos de forma igualitaria. Y que por eso mismo son indisponibles para el estado y el mercado y para sus propios titulares. Ellos incluyen los derechos personalísimos, civiles, políticos, sociales individuales y colectivos, y los derechos de interés público. No se incluyen en esta categoría los derechos patrimoniales, ya que ellos son exclusivos de su titular y por lo tanto *excludendi alios* y transables en el mercado. Ver Ferrajoli, 1999, pp. 32 y ss.

verificar y renovar el consenso es continua. Ella exige formas de apertura y de participación ciudadana que innovan institucionalmente. La brecha entre pretensión de legitimidad y legitimación obtenida sólo se puede acortar de forma coherente a través de formas de democracia participativa y directa, que complementan a las de la democracia representativa inscriptas en la arquitectura del estado de derecho.

Apertura temporal. Solidaridad intergeneracional

De esta forma, el estado de derecho constitucional se abre a la innovación y las nuevas generaciones pueden siempre plantear sus reclamos legítimos al orden de los repartos sociales. El principio de solidaridad intergeneracional que conforma los modernos desarrollos doctrinarios y jurídicos en torno al deber-derecho de preservación del medio ambiente y de promoción del desarrollo humano sostenible –por el cual la actividad económica de las generaciones presentes no puede alterar las posibilidades de vida y desarrollo de las generaciones futuras–, es generalizable al orden de los repartos de los bienes y de la palabra si el consenso no es presupuesto como algo dado, sino verificado y renovado constantemente a través de las dimensiones deliberativas e imaginativas de la democracia, que asumen la latencia y la posibilidad del (des)acuerdo.

La eficacia y fuerza normativa de la constitución reclama adecuación continua entre sus órdenes de realidad (material y formal, sociológico y jurídico)

La constitución del estado de derecho democrático, reformada en 1994, ha incorporado una serie de derechos, garantías y directivas de interpretación (desarrollo sostenible, justicia social, propiedad comunitaria de las comunidades originarias, derecho de resistencia, participación, medidas de acción positiva contra la desigualdad y la discriminación) que buscan la innovación institucional del orden de los repartos. Ella es un marco para el trabajo democrático en el estado de derecho que ha reforzado los contenidos democráticos y solidaristas que estaban ya presentes en el texto constitucional.⁶⁴

⁶⁴ En el artículo 33 de los derechos implícitos que surgen de la soberanía popular, y en el artículo 14 bis, respectivamente.

Ahora, el (des)acuerdo es tratable

Lejos de conducirnos a la visión schmittiana de la política como relación amigo-enemigo que se resuelve por la decisión existencial que restaura el orden concreto, inscribiendo los resultados de la guerra en el orden social, el (des)acuerdo democrático, su exigencia de consenso verificado y renovado como condición de legitimación del poder político, abre una dimensión productiva para transformar las desigualdades fácticas en el reparto, acortando su brecha respecto a los imperativos constitucionales. Ello depende, en el plano interno al derecho, del desarrollo de las prácticas y la interpretación constitucional desde un paradigma jurídico democrático, garantista y social y en el plano externo de la legitimación, del (des)acuerdo de la ciudadanía activa que, como vimos, es la garantía social última.

Innovación institucional

La innovación institucional, vista desde la perspectiva del (des)acuerdo de la ciudadanía, de la lucha por los derechos y de la necesidad de un consenso exigente para legitimar las instituciones y los poderes, tiene un efecto paradójico que articula de forma complementaria al estado de derecho constitucional y el trabajo productivo de la democracia. A esta dinámica de complementariedad la llamaremos por ahora, el juego de «cerrar por arriba» y, al mismo tiempo, «abrir por abajo».

El *cierre por arriba*, significa que el garantismo y el neoconstitucionalismo en sentido amplio, pone a los poderes sociales públicos y privados ante obligaciones de no hacer y de hacer que surgen del imperativo y el mandato constitucional de ejecutar el orden de los repartos de la palabra y de los bienes que la constitución establece, como condición de su legitimidad.

La *apertura por abajo*, significa que la forma de verificar y renovar el consenso exigente que el trabajo continuo de la democracia supone, consiste en activar los mecanismos de la democracia semidirecta, innovar institucionalmente en los mecanismos de la participación-decisión, que tiene como supuesto el acceso a y la transparencia de la información pública y los mecanismos consultivos, tales como las audiencias públicas con la participación de las redes y el asociacionismo de la sociedad civil. El «empoderamiento» y los derechos potencian el ejercicio de la ciudadanía. Y esto no solamente



en el espacio nacional y provincial, sino también operando una *descentralización política* que de viabilidad al mandato constitucional de la *autonomía municipal*.⁶⁵ Al mismo tiempo, existen un conjunto de formas de participación –decisión local innovadoras, como son los presupuestos participativos y la implementación de las agendas XXI locales–, que tienden a articularse en la demanda de un hábitat local a escala humana y en un verdadero *derecho a la ciudad*.

El fomento del principio *cooperativo y federativo* en la satisfacción de las necesidades humanas, por oposición al tremendo predominio monocultural del principio competitivo de mercado en la provisión de los bienes sociales que hacen a la satisfacción de las necesidades,⁶⁶ puede empezar a promover algunas tendencias de *relocalización de la economía*⁶⁷ que permita experiencias de *desarrollo sostenible endógeno*, que maticen la preeminencia de la productividad ciega a la escala y las necesidades humanas, y heterónoma al servicio de los mercados internacionales.

Además, es necesario asumir el *carácter pedagógico de los movimientos sociales y el activismo de la sociedad civil* en las iniciativas ciudadanas tales como los movimientos de trabajadores desocupados (sus redes no cooptadas) que buscan la conquista de derechos de manera autónoma y utilizan lo obtenido de forma cooperativa y solidaria; los movimientos de trabajadores que autogestionan sus empresas demostrando su viabilidad económica; el reclamo de participación en la forma de la organización espontánea de asambleas ciudadanas, activas hasta tiempo reciente en las principales ciudades del país; los movimientos de campesinos y de comunidades originarias que luchan por sus tierras y por su cultura.

Para terminar, todo lo dicho supone una perspectiva que recupera la dimensión innovadora e instituyente de la democracia al interior del estado de derecho constitucional, como un método para aprovechar la productividad del desacuerdo que abre la política, tanto en el

⁶⁵ Conforme al artículo 123 de la Constitución Nacional.

⁶⁶ Para una coincidencia y un desarrollo de este punto, ver D'auría, 2004, pp. 81 y ss.

⁶⁷ Ver en esta línea el interesante ensayo del ex director económico de Greenpeace, Hines, 2000.

plano externo, donde funciona en la brecha entre pretensión de legitimidad y legitimación efectivamente obtenida, generando la necesidad de un consenso exigente y renovado. Como también en el plano interno, donde promueve el carácter crítico y proyectivo del derecho en sentido garantista.

CAPÍTULO VIII

El derecho a la ciudad. Poder local, participación y democracia

La ciudad: escenario de todas las posibilidades y de todos los peligros

En este atribulado comienzo de siglo, y al compás de los procesos de la globalización neoliberal, la creencia en el avance progresivo e ineluctable de la ciudadanía política, social y ambiental y los derechos humanos entendidos como universales, indivisibles e interdependientes, sufre ataques y desmentidos desde varios frentes.

El retroceso de las políticas públicas y de las redes sociales de protección, la degradación ambiental, la política transformada en un ámbito opaco de gestión ajena a los problemas de la cotidianidad de la ciudadanía, la inseguridad, la transformación de los espacios públicos en centros de consumo, las tendencias de exclusión que van debilitando y segregando los espacios y las redes donde habitan los colectivos sociales más perjudicados por estos procesos.

En este marco, se puede decir que el ámbito local es el lugar privilegiado de la realización de los derechos humanos en general, pero en especial de los derechos económicos, sociales y culturales, de los

derechos de interés público (como la preservación del medio ambiente) y de los derechos políticos (por la proximidad del gobierno). Y ello, paradójicamente, porque la ciudad es, al mismo tiempo, el ámbito privilegiado de la violación de los derechos. Además, es previsible que la importancia del ámbito urbano aumente, dado que en 2015, el 50% de los habitantes del planeta vivirán en las ciudades (Erazo, Fernández, Jonquera, 2004: 6). Se estima que aproximadamente un billón de personas viven hoy en «asentamientos informales» (villas miseria, chabolas, poblaciones, fabelas, entre otras denominaciones).⁶⁸

América Latina y el Caribe representan las regiones más urbanizadas en vías de desarrollo: de una población total de 560 millones de habitantes, que viven en más de 16.000 municipios, hay 410 millones en el ámbito urbano, exhibiendo así un nivel de urbanización similar al del mundo desarrollado. Sin embargo, el 40% de la población de la región es pobre, mientras unos 120 millones de personas apenas sobreviven con un dólar por día, constituyéndose en la región socialmente más desigualitaria del mundo.⁶⁹

La ciudad, el espacio urbano, constituye entonces el ámbito donde se condensan y se manifiestan en formas de violencia social personal, estructural y cultural⁷⁰ todas estas tendencias, pero, y justamente por eso, constituye al mismo tiempo, el lugar donde se juega la posibilidad de regeneración de unas ciudadanías y calidades de vida que merezcan el nombre de tales.

La posibilidad de esa regeneración se hurta a los ciudadanos en las políticas locales que enfatizan una gestión exclusivamente técnica y desde la planificación competitiva de los derechos, la ciudadanía y las políticas locales. Pero también en los contextos de miseria y hacinamiento urbano, donde campean a sus anchas las prácticas polí-

⁶⁸ Declaración del Congreso Fundador de la Organización de Ciudades y Gobiernos Locales Unidos: «Ciudades, Gobiernos locales: el futuro del desarrollo» dada en París, el 5 de mayo de 2004, párrafo 22.

⁶⁹ Declaración del I Congreso Latinoamericano de Ciudades y Gobiernos Locales organizado por la Federación Latinoamericana de Municipios y Asociaciones de Gobiernos Locales: «Declaración de Santa Cruz de la Sierra», dada el 21 de abril de 2004, Introducción.

⁷⁰ Cf. Galtung, 1998.

ticas clientelistas, que configuran la antítesis misma de la ciudadanía activa. Es precisamente la ciudad como oportunidad, como espacio de apertura y consolidación de cauces de regeneración de ciudadanía y derechos activos lo que proponemos enfatizar, frente a las tendencias de la «ciudad mercancía» y de la «ciudad clientelista».

El derecho a la ciudad

De acuerdo a la «Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad»,⁷¹ adoptada por el Foro Social Mundial en 2003, dicho derecho puede ser definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad y justicia social. Entendido como un derecho de carácter colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere la legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objeto de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a una calidad de vida adecuada.

Por su parte, la «Carta Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos en la Ciudad», en su artículo 1 lo define de la siguiente forma: «La ciudad es un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes, que tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad».⁷²

El derecho a la ciudad es indivisible e interdependiente a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos de forma integral.

Tanto es así, que la mencionada Carta Europea, inicia su preámbulo «dirigido a los hombres y mujeres de la ciudad», preguntándose por qué, en el umbral del siglo XXI, una carta de derechos en la ciudad.

⁷¹ Foro Social Mundial. Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad. «Significado y Elementos del Derecho a la Ciudad», enero 2003.

⁷² Adoptada por la Conferencia Europea de las Ciudades por los Derechos Humanos. Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad. Dada en Saint Denis, el 18 de mayo del 2000. Define el derecho a la ciudad en su Parte 1. Disposiciones generales artículo 1.

Respondiendo a continuación que, pese a la proliferación de declaraciones y tratados es necesario reconocer que

sin embargo, existen muchos derechos que no son todavía «efectivos» y a los ciudadanos y ciudadanas les cuesta orientarse en el laberinto de los procedimientos administrativos y jurídicos. ¿Cómo garantizar mejor? ¿Cómo actuar mejor? [...] Aquí es donde surge la Ciudad [...] La ciudad es hoy el espacio de todos los encuentros, y por tanto de todas las posibilidades [...] Asimismo es el terreno de todas las contradicciones y de todos los peligros.⁷³

El derecho a la ciudad, incluye, por lo tanto, los derechos a la tierra, a los medios de subsistencia, al trabajo, a la salud, a la educación, a la cultura, a la vivienda, a la protección social, a la seguridad social, al medio ambiente sano, al saneamiento, al transporte público, al ocio y a la información. Incluye también el derecho a la libertad de reunión y organización, el respeto a las minorías y la pluralidad étnica, racial, sexual y cultural; el respeto de los inmigrantes y la garantía de la preservación de la herencia histórica y cultural.

A diferencia de la formulación centrada principalmente en la individualidad abstracta de las declaraciones clásicas de los derechos humanos, la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, lo formula como un derecho a la vez colectivo e individual de cada habitante, centrándose en un complejo de derechos-deberes que sólo pueden entenderse de forma relacionada, y que dependen de condiciones estructurales del espacio urbano.

Explícitamente, dicho documento construido en el Foro Social Mundial, sostiene que

Este derecho presupone la interdependencia entre población, recursos, medio ambiente, relaciones económicas y calidad de vida para las presentes y futuras generaciones. Implica cam-

⁷³ Cf. Carta Europea (2000).

bios estructurales y profundos en los patrones de producción y consumo, y en las formas de apropiación del territorio y de los recursos naturales.⁷⁴

Sus principios básicos son tres:

1. *Ejercicio pleno de la ciudadanía*: entendido como la realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, asegurando la dignidad y el bienestar colectivo de los habitantes de la ciudad, en condiciones de igualdad y justicia, así como el pleno respeto de la producción social del hábitat.

2. *Gestión democrática de la ciudad*: entendida como control y participación de la sociedad, a través de formas directas y representativas, en el planeamiento y gobierno de las ciudades, priorizando el fortalecimiento y autonomía de las Administraciones Públicas locales y de las organizaciones populares.

3. *La Función social de la Propiedad y de la Ciudad*: entendida como la prevalencia, en la formulación e implementación de las políticas urbanas, del interés común sobre el derecho individual de propiedad; implica el uso socialmente justo y ambientalmente sustentable del espacio urbano.⁷⁵

El derecho a la ciudad consiste en una producción de *bienes relacionales*, que deben involucrar no sólo a administraciones locales con recursos, sino también y principalmente a gobiernos con la decisión y el compromiso político de innovar las formas de legitimarse y sociedades locales de ciudadanía y asociaciones activas y autónomas.

Como argumentaremos más extensamente, el derecho a la ciudad supone entonces una democracia participativa que articula políticas que generan *innovación institucional* y procesos de legitimación a través de *consensos exigentes*, no presupuestos sino renovados en forma continua y cotidiana a través de la co-decisión con la ciudadanía.

⁷⁴ Foro Social Mundial. Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, 2003.

⁷⁵ Foro Social Mundial. Carta Mundial... «Principios del derecho a la ciudad», 2003.

La participación como condición y garantía genérica del derecho a la ciudad

La participación aparece, en un sentido fuerte, como un derecho, pero al mismo tiempo como una condición necesaria para lograr los bienes relacionales que el derecho a la ciudad supone y que se plasman en los tres principios mencionados: ciudadanía activa, democracia local y función social.

Pero, conviene empezar despejando los sentidos que el término participación puede tener cuando hablamos del gobierno local, ya que al igual que el término «democracia», por participación pueden entenderse grados de involucramiento e interacción ciudadana muy diversos, pero que pueden agregarse de menor a mayor para resultar en un concepto exigente de participación que los englobe y potencie.

En primer lugar, la participación como derecho de acceso a la información. Segundo, la participación como consulta. Tercero, la participación como co-decisión. Cuarto, la participación como co-gestión.

Las dos primeras son formas usuales y consagradas en el derecho público municipal tanto europeo como latinoamericano. Por ejemplo, a través de mecanismos que garantizan el acceso a la información de los actos y normas del gobierno local, las audiencias públicas, las juntas municipales descentralizadas con representación de los partidos y asociaciones locales, etc., de las terceras, pero con un carácter extensivo de la participación, las mecanismos municipales de democracia semidirecta como las iniciativas populares, y las distintas variantes de la consulta popular. De la tercera y la cuarta acepción, con un carácter intensivo de la participación, los presupuestos participativos.

De ahí que, en los diversos instrumentos internacionales que están construyendo una verdadera agenda mundial sobre el derecho a la ciudad, aparezca la participación no sólo como derecho en sí, sino como condición dinamizadora o garantía genérica del ejercicio de los otros derechos. Así por ejemplo, la Carta Europea de Derechos Humanos en la Ciudad, en su artículo 8 «*derecho a la participación política*», luego de reconocer el derecho electoral de sufragio activo y pasivo, en su punto 2 segundo párrafo establece una fórmula genérica:

Fuera de las elecciones que se celebran periódicamente para renovar las instancias municipales, se fomenta la participación

democrática. Con este fin, los ciudadanos y ciudadanas y sus asociaciones pueden acceder a los debates públicos, interpelar a las autoridades municipales sobre los desafíos que afectan al interés de la colectividad local y expresar sus opiniones, ya sea de forma directa mediante «referéndum municipal», ya sea a través de las reuniones públicas y de la acción popular. (Carta Europea, art. 8.2.)

Pero más allá de esta formulación genérica, la participación vuelve a aparecer en conexión con otros derechos, como modalidad o condición de ejercicio de estos: Derecho a la salud (art. 17), Derecho al medio ambiente (art. 18), Derecho a un urbanismo armonioso y sostenible (art. 19), Derecho al ocio (art. 21) y cabe destacar, que en la Parte V dedicada a los «Mecanismos de garantía de los derechos humanos de proximidad», en el artículo 28 sobre «Mecanismos fiscales y presupuestos», declara expresamente a la participación presupuestaria como condición de eficacia de los derechos enunciados:

Las ciudades signatarias se comprometen a establecer sus presupuestos de manera que las previsiones de los ingresos y de los gastos permitan hacer efectivos los derechos enunciados en esta Carta. Para ello pueden implantar un sistema de «presupuesto participativo». La comunidad de los ciudadanos y ciudadanas, organizadas en asambleas por barrios o sectores, o incluso por asociaciones, podrá expresar de este modo su opinión sobre la financiación de las medidas necesarias para la realización de dichos derechos. (Carta Europea, art. 28.1.)

De la misma forma, el principio de Gestión democrática de la ciudad, de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, incluye: la realización de plebiscitos e iniciativas legislativas populares y el acceso equitativo a los debates y audiencias públicas, el derecho a la participación equitativa y deliberativa en la definición de las políticas y presupuesto municipal, y en canales institucionales, tales como los consejos y comisiones sectoriales y territoriales.⁷⁶

⁷⁶ Foro Social Mundial. Carta Mundial... «Principios del derecho a la ciudad», 2003.

Así, puede decirse que las políticas locales de participación ciudadana configuran, en relación a los diversos aspectos del derecho a la ciudad, una garantía genérica, en el sentido que la doctrina constitucional le da a este término. Para el garantismo, categoría aplicable a cualquier nivel de descentralización del estado, la legitimidad política y jurídica del ejercicio del poder no está condicionada solamente por las reglas que disponen las formas mayoritarias (el quién y cómo de la decisión), sino fundamentalmente por las reglas que determinan su contenido o sustancia, es decir, sobre qué cuestiones no pueden o deben –en el sentido que no pueden omitir– decidir las mayorías electorales circunstanciales (Ferrajoli, 1995: 858).

Gil Domínguez abona la característica «multidimensional» de las garantías. No existe una entidad –para el reconocimiento de la garantía– que pueda ser aislada, descompuesta o utilizada como factor de exclusión conceptual.

Sólo será posible localizar la garantía en el análisis de otros elementos del sistema y en el juego y reproducción continua de relaciones jurídicas; o sea, en la complejidad [...] Ello convierte en un absurdo formular la pregunta: ¿qué es la garantía? Tan sólo procede el siguiente interrogante: ¿cómo se expresa o cómo funciona la garantía? (Gil Domínguez, 2005: 21)

Un sistema de garantías adecuado, será entonces, aquel que maximice el grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico-político en que se inserta. El garantismo siempre es una cuestión de gradación que permite evaluar críticamente las distancias entre el modelo jurídico-político y sus valores «juridizados», en relación a su funcionamiento efectivo. En el caso de los bienes públicos relacionales inherentes a la construcción social del hábitat, que como vimos, según la «Carta Europea de Derechos Humanos en la Ciudad» conforman las múltiples facetas del Derecho a la Ciudad, sin duda que las políticas locales de participación ciudadana forman un derecho político específico, pero también y al mismo tiempo, son condición necesaria del ejercicio de otros derechos. En definitiva, integran también en un sentido genérico la idea de garantía tal cuál la hemos caracterizado a par-

tir de Ferrajoli y Gil Domínguez, conformando uno de los aspectos de un verdadero «*garantismo de proximidad*», esencial para el ejercicio del derecho a la ciudad. De lo contrario este quedaría como una mera fórmula declarativa y adolecería del mismo problema de eficacia que, con agudeza, describe el preámbulo de la mencionada Carta Europea.

Democracia y poder local

El gobierno democrático representativo tradicional se encuentra hoy con dificultades crecientes para reaccionar de manera eficaz y ágil ante un entorno cada vez más complejo, incierto y dinámico. Por eso, las referencias a la descentralización, al espacio local y a la participación ciudadana han devenido lugares comunes en el discurso político y académico sobre la gestión de gobierno, especialmente en el nivel local. Pese a este consenso tan amplio, las experiencias realmente innovadoras que se han dado en estos últimos años en el ámbito de América Latina, se cuentan con los dedos de la mano.

Este proceso de relocalización, viene a aportar uno de los vectores fundamentales por los que el estado-nación cede centralidad a favor no sólo de las instancias supranacionales, sino también a favor de un nuevo localismo democrático. En realidad, no se trata de trazar una línea rígida de demarcación entre lo local, lo nacional y lo global. Todo lo contrario, se trata de ver que, como sostiene Boaventura de Sousa Santos (2002), lo local y lo global no existen de forma pura y son, más bien, los extremos ideales de un continuo de globalismos/localizados y de localismos/globalizados, que atraviesan las fronteras del propio estado-nación.

Pareciera que la potencialidad de la democracia participativa y el desarrollo humano sustentable centrados en el nivel local derivan de la crisis de la democracia representativa y de la pérdida de escala de la misma, concomitante a los fenómenos de la globalización.

En efecto, más allá de las deficiencias de la clase política, de las deficiencias y las carencias en los esquemas de gestión pública, y de todos los tópicos que pueden agruparse bajo el rótulo genérico de la crisis de legitimidad de las democracias representativas, existe una tensión básica que remite a un problema mucho más de fon-



do: los procesos de gigantismo y extensión que acompañan a la complejización de las sociedades; es el problema de la escala. Como es bien sabido, la globalización se sitúa como última etapa: ultra modernidad para algunos, postmodernidad para otros, de una serie de procesos de diferenciación y especialización sociales, extensión territorial de las redes de poder político, la emergencia de un sistema económico de carácter mercantil y su posterior desarrollo de relaciones comerciales a larga distancia, y los procesos de urbanización e industrialización. Todo ello ha estimulado numerosas reflexiones sobre la compatibilidad de tales procesos y el ideal democrático. De hecho, muchos de los cambios más sensibles en la teoría democrática se han producido sobre el problema de las condiciones de posibilidad del gobierno democrático, originario de ámbitos reducidos y relaciones de proximidad, en escalas caracterizadas por el aumento del número de individuos y un alto grado de heterogeneidad social (Navarro Yañez, 1998: 26-27).

El tema es, entonces, a qué escala y a qué nivel y con qué innovaciones en la práctica de la ciudadanía, esos procesos pueden gestionarse de forma democrática, participativa e incluso desviarse o, mejor, encauzarse hacia procesos de desarrollo más sustentables y de más proximidad con los afectados por los procesos y por las decisiones. Y en la respuesta a este interrogante pareciera que la triple dimensión de *poder local, democracia y ciudadanía*, converge y multiplica sinergias que se retroalimentan, a través de la extensión de la democracia participativa. La participación ciudadana tiene como objeto la democratización del espacio público, y no se limita al ámbito de las instituciones políticas sino que se extiende asimismo al campo de la sociedad civil; se orienta a fortalecer las capacidades autoorganizativas de la sociedad y es un medio de socialización de la política y de generación de nuevos espacios y mecanismos de articulación entre estado y sociedad. Fundamentalmente pretende tener en cuenta la opinión e incluso la co-decisión de los afectados por las decisiones (Perales Aretxe, 2004: 11).

Hablar de participación, en este sentido fuerte,

es traer de la mano un mundo junto al cual cada persona actúa y se presenta en una comunidad que crea cada vez que hace, que habla, que actúa, que come, que piensa, que

ama, que desea, que decide, que imagina y siempre lo hace colectivamente, pues siempre hay muchas personas, elementos, cosas involucradas en el hacer de uno. Es por eso, que la participación dibuja la práctica, porque invoca y recrea siempre la comunidad junto a la que se habita. (Ganuzza Fernández, 2002: 176)

La democracia representativa, en cambio, tiene como paradigma constitutivo la delegación del poder, a unos representantes de la población, votados periódicamente en elecciones competitivas, se basa en la profesionalización de la política, por lo que los representantes devienen un cuerpo de especialistas. La imagen que se sucede es la de una frontera entre aquellos que deciden y organizan lo común, por un lado, y entre aquellos, la inmensa mayoría, que utilizan lo común, pero que no deciden sobre lo común, por otro. Es decir, los políticos como especialistas de lo público y la población como usuaria de lo público.

Así, la democracia representativa supone hacer de la política una actividad meramente procedimental, a partir de la cual se trataría de regular los mecanismos necesarios para que todo funcione y las vidas privadas se organicen. De ahí, que el ejercicio de la política se orienta a esclarecer los procedimientos transparentes que permitan a la democracia representativa cumplimentar sus atributos normativos, esclarecer los principios jurídicos bajo los cuales todo el mundo estará sujeto y por medio de los cuales cada habitante pueda acudir a votar, reclamar, de forma ordenada e individualmente. Junto a los procedimientos se instituye una élite capaz de organizar privadamente, pero con efectos públicos, los asuntos más sustantivos de la vida en común (Capella, 1993: 133).

Sin embargo, si en la complejidad de las sociedades contemporáneas, algún grado de representación política y delegación es inevitable, es indudablemente en el espacio local donde es más factible plantear una articulación entre las formas de la democracia representativa y participativa. Esta posibilidad sería de beneficio mutuo para ambas formas de democracia, fundamentalmente para la representativa, a la que brindaría un nuevo marco de dinamismo, innovación institucional y tal vez, de legitimidad. Pero hablar de democracia participativa es hablar fundamentalmente de la perspectiva de los ciudadanos. El pe-



ligro de una ciudadanía desterritorializada por la globalización es algo que daña de manera grave el ejercicio de los derechos civiles y políticos, así como alimenta la fragmentación social y el individualismo. De ahí que los procesos democráticos de participación local al acercar procesos de co-decisión a los afectados por las decisiones, constituyen un elemento central en el fortalecimiento y la construcción de la ciudadanía y del novísimo derecho a la ciudad.

Políticas locales de participación que podrían potenciar el derecho a la ciudad

Es posible tomar como campo de análisis a una serie de prácticas ya existentes, aunque minoritarias, pero que expresan esa potencialidad de la democracia participativa en los espacios locales, para aprender de sus avances, innovaciones, pero también de sus límites y fracasos. Estas políticas son: las formas de democracia semidirecta locales, la planificación comunitaria local, los presupuestos participativos, y las agendas 21 locales. Los ámbitos de políticas locales mencionados son fundamentales para verificar una efectiva capacidad de hacer y de incidir sobre las características del lugar de la vida de la ciudadanía.

El primer ámbito, la planificación local, va transitando desde el carácter inicialmente monopolista y tecnocrático, marcadamente ejecutivo, e importado desde la gestión empresarial a la gestión pública, a procesos relacionales, de carácter político, que involucran mecanismos de participación ciudadana. La planificación estratégica de las ciudades aparece como herramienta frente a contextos de incertidumbre y se mueve, a través del punto de inflexión que suponen los procesos participativos, desde las proyecciones racionales a un escenario donde se delibera sobre la base de las visiones de los diferentes actores locales (Brugué, Jarque, 2002). Tal es así que, por ejemplo, a partir de algunos casos en España, se va imponiendo la denominación de planificación comunitaria (Martín, Montañes, Gutiérrez, 2002: 143).

El de los presupuestos participativos (PP), tal vez la principal innovación institucional en materia de democracia participativa local en los últimos años, se hace mundialmente conocido y se extiende en

Iberoamérica e incluso en Europa a partir de la experiencia de Porto Alegre, Brasil. El gobierno del *Partido dos Trabalhadores* (PT) implementó, desde que resultó electo para gobernar dicha ciudad, esta modalidad de participación por el cual el presupuesto de gastos e inversiones y otras políticas municipales son discutidas por el vecindario en asambleas donde todo el mundo puede participar, deliberar y decidir. El municipio asume el compromiso de confeccionar y ejecutar el presupuesto municipal sobre la base de las decisiones de la ciudadanía. Asimismo el control de la ejecución del presupuesto así decidido también involucra la participación de los vecinos. Pero sobre este mecanismo y las variables principales para evaluarlo en tanto política de participación ciudadana, nos extenderemos en párrafo aparte un poco más adelante.

Las Agendas 21 locales, cuyo origen se encuentra en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, en la que los gobiernos adoptaron unas directivas de acción globales para el desarrollo sostenible. Dicha iniciativa situó en la acción y la participación local las bases de dicho desarrollo, al entender que las administraciones locales tienen asumidas importantes responsabilidades de planificación —económica, social y ecológica—, siendo además las instituciones más próximas a la ciudadanía. Es precisamente, la articulación entre la planificación integrada del territorio, y la incorporación activa de ciudadanos y grupos locales en dichos procesos, lo que, desde la perspectiva de la Agenda 21, actúa como motor del desarrollo sostenible.

A continuación incluimos estas instancias de participación local en un cuadro donde los ubicamos junto a otras formas usuales en España y América Latina. En primer lugar, el esquema distingue entre aquellos mecanismos pensados para el diagnóstico de problemas y la formación de agenda política local, de aquellos que pretenden tener un carácter más decisorio y de los que suponen la implicación en el proceso de gestión. Por otro lado, entre los mecanismos participativos en función del público al que van dirigidos, sean ciudadanos a título individual, asociaciones o ambos. Como criterios complementarios, el esquema distingue en la participación asociativa, la sectorial de la territorial, mientras que en los mecanismos de base personal, entre la implicación intensiva o la extensiva.



Cuadro 2. Fórmulas de participación: una tipología

	Participación de base ASOCIATIVA		Participación MIXTA	Participación de base PERSONAL	
	De Carácter SECTORIAL	De carácter TERRITORIAL		De tipo INTENSIVO	De tipo EXTENSIVO
Participación en <i>Diagnóstico y Formación de la Agenda</i>	- Fóruns y Mesas Sectoriales de Entidades	- Consejos Consultivos de Entidades a escala de barrio o distrito	- Planes Estratégicos - Procesos participativos temáticos: AL-21	- Fóruns Temáticos	- Asambleas - Audiencias
Participación en la <i>Formulación de Políticas y en la Adopción de Decisiones</i>	- Consejos, Comisiones y Ponencias Sectoriales de Entidades	- Consejos Municipales de Barrio o Distrito con Presencia Asociativa - Planes Integrales	- Consejos Territoriales Mixtos	- Presupuesto participativo	- Iniciativa popular - Referendum - Consultas Populares
Participación en la <i>Gestión</i>	- Gestión asociativa de servicios municipales	- Gestión asociativa de Centros Cívicos y de Barrio	- Gestión compartida de servicios: entidades y voluntariado	- Gestión por voluntariado de servicios y programas municipales	Coproducción personalizada de servicios

Fuente: Font, Joan y Gomà, Ricard, 2000.

Presupuesto participativo: definición general y algunos datos sobre su importancia y expansión en las políticas locales de participación ciudadana

Definición de los presupuestos participativos

El presupuesto participativo puede ser definido como una política pública por la que la ciudadanía participa en la decisión de las prioridades de gastos en obras y políticas del presupuesto municipal y controla la ejecución de lo así decidido.

Se trata de una experiencia de gestión municipal innovadora que se pone en marcha por primera vez en Porto Alegre, cuando el *Partido dos Trabalhadores* (PT) gana allí en 1988. Lo importante, sin embargo, no es tanto el modelo de gestión como los principios socia-



les y políticos sobre los que se asienta. Primero, porque el presupuesto participativo es una experiencia de participación popular, mediante la cual, los vecinos deciden en qué quieren gastar el dinero público, en base a sus necesidades y carencias. Además, con la puesta en marcha del proceso se genera una estructura orgánica de carácter asambleario que permite, mediante técnicas de debate, diagnóstico y priorización que todas las propuestas de los participantes (organizaciones sociales de distinto tipo, vecinos a título personal, junto con los técnicos municipales y los representantes electos) sean discutidas y tenidas en cuenta en los momentos de toma de decisiones.

Resulta entonces en un proceso de cogestión, fruto de la articulación de la democracia directa y de la democracia representativa. Cuando son genuinos y no eslogan de legitimación política, este tipo de procesos suponen una inversión de la forma tradicional de toma de decisiones (de arriba hacia abajo) favoreciendo que los ciudadanos decidan y obligando a los representantes electos y los funcionarios encargados de su ejecución, y así, este espacio público se convierte en un verdadero «centro de decisión». Se trata entonces de una potencial nueva esfera pública en la que la sociedad instituye un proceso de cogestión de la ciudad y define los mecanismos de control sobre el Estado.

Como consecuencia, puede decirse que allí donde los presupuestos participativos arraigan constituyen un proceso educador, formador de ciudadanía que incentiva la emergencia de una ciudadanía más crítica, más consciente y más exigente y se convierte en una escuela cívica, favoreciendo que el vecino o la vecina sean protagonistas de las decisiones que afectan su vida cotidiana y no dejando su actividad política relegada al voto una vez cada cuatro años.

Al mismo tiempo, los sujetos de la democracia representante tienen la oportunidad de ganar en términos de genuina legitimidad y transparencia de su gestión pública al asumir la necesidad de socializar la política, a través de la democratización de las decisiones y de la información pública, necesarias a una real *democracia de proximidad*.

Se trata, para el economista brasileño Francisco de Oliveira, de una «innovación democrática», un «nuevo derecho político»:

Es una invención política que se configura como la creación de un nuevo derecho político, en la línea de un T. H. Marshall, enriqueciendo el arsenal de instancias en que las clases y los grupos sociales



intervienen activamente en el gobierno, no solamente en la renovación de los mandatos, sino cotidianamente, sin anular las otras instancias. La intervención se da, precisamente, en la discusión del presupuesto, que es, en el estado moderno, la pieza clave en la política y en la administración. (2001) (Traducción propia)

Para Tarso Genro y Ubitaran de Souza

El presupuesto participativo se orienta hacia una forma universal de dirección del estado y de creación de un nuevo tipo de estado que combina la representación política tradicional (las elecciones periódicas) con la participación directa y voluntaria de la ciudadanía a través de formas de co-gestión [...] El presupuesto participativo realiza una crítica práctica de la libertad eminentemente formal: el ciudadano, una vez que ha votado, vuelve a casa hasta la próxima vez. Gracias al sesgo del Presupuesto Participativo, el ciudadano puede de forma directa y concreta, dirigir la lucha por sus derechos, combinando la decisión individual (querer participar) con la participación colectiva (que genera unas decisiones públicas). (1999)

Pero además de los aspectos políticos y sociales que valorizan las experiencias de presupuestos participativos en términos democráticos, estos pueden ser un vector de transparencia y eficiencia social en la gestión pública que se propongan como alternativas a los modelos de gestión tecnocrática y de gestión clientelista que nos proponen, respectivamente, el neoliberalismo y el populismo.

Así, por ejemplo, en la importante experiencia de Porto Alegre se pueden mencionar algunos datos que sirven para entender cómo se fue construyendo un espacio de confianza y transparencia en la población implicada. De las 3.956 demandas objetivas incluidas en los planes de inversiones en el período comprendido entre los años 1989 y 2001, 3283 (83%) fueron ejecutadas, 204 (5%) estaban en fase de ejecución, 441 (11%) en proyecto y licitación y 29 pendientes de decisiones judiciales, a la espera de desapropiación, adquisición de áreas públicas.⁷⁷

⁷⁷ Fuente: GAPLAN, Prefectura de Porto Alegre Apud. Kunrath Silva, Sacco Dos Anjos, 2003, p. 56.

La expansión de las experiencias de los presupuestos participativos

La Asamblea Mundial de Ciudades y Autoridades Locales que tuvo lugar en Estambul en 1996 (en el Encuentro Internacional de Hábitat II, ONU) incluyó en su declaración final la recomendación de la aplicación de los presupuestos participativos, calificando los procesos así denominados como «buena práctica de gestión urbana».

El Informe del PNUD –Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo– sobre Desarrollo Humano del año 2002 está dedicado expresamente a valorar la democracia, haciendo una mención especial a las experiencias de los presupuestos participativos y a la necesidad de democratizar las relaciones entre gobernados y gobernantes, como procedimientos básicos encaminados a mejorar el desarrollo humano en su más amplio sentido.⁷⁸

En Brasil, más de 100 municipios, gobernados por distintos partidos, están desarrollando experiencias de presupuestos participativos, incluso en Sao Paulo, una megalópolis con más de 11 millones de habitantes.

Cuadro 3. Población de los municipios que adoptaron el presupuesto participativo en el período 1997-2000

Número de habitantes	Municipios
Hasta 20 mil habitantes	31
20 mil a 100 mil	33
100 mil a 500 mil	30
500 mil a 1 millón	5
Más de 1 millón	4
Total	103

Fuente: Pesquisa FNPP 2001 e IBGE-Contagem populacional, 1996. (Sánchez, 2002: 39)

⁷⁸ PNUD, 2002, <www.pnud.org>.

A su vez el color político de los municipios brasileños que han adoptado esta política local de participación ciudadana, si bien sigue perteneciendo mayoritariamente al PT, se ha ampliado significativamente:

Cuadro 4. Partido político del intendente (municipios que adoptaron los presupuestos participativos en el período 1997-2000)

Partido de gobierno	Municipios
PT	52
PSDB	13
PSB	11
PMDB	9
PDT	8
PV	3
PPS	3
PFL	2
PTB	2
Total	103

Fuente: Pesquisa FNPP, 2001. (Sánchez, 2002: 40)

Solamente hasta el año 2003, algunas de las ciudades que habían iniciado procesos de presupuestos participativos eran las siguientes: Saint Denis, Bobigny en Francia, Rheinstetten en Alemania, Pieve Emanuele en Italia, Sevilla, Córdoba, Rubí, Las Cabezas de San Juan, Puente Genil en España, Cuauhtémoc en México, Montevideo en Uruguay, Ciudad de Buenos Aires, Rosario, Río Cuarto en Argentina, Villa El Salvador, Lima Tambo, Canchas, Illo, Celedín en Perú, Cotacachi, Cuenca, Sucia, Suscal, Colta Oña en Ecuador, Puerto Asís en Colombia, Morán en Venezuela (Cabannes, 2003).

Esta expansión en la adopción de presupuestos participativos se inscribe dentro de una preocupación institucional internacional por

buscar mecanismos frente al extendido fenómeno de la desafección ciudadana y ello en instituciones tan dispares desde un punto de vista organizativo como la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, la Unión Europea, el Banco Mundial, la ONU, las que han establecido programas de investigación, líneas de subvenciones y asesoramiento orientados a profundizar la democracia y a buscar nuevos mecanismos de participación que estrechen la distancia existente entre la ciudadanía y las instituciones públicas. La Comisión Europea, dentro de los programas Urban América Latina (URB-AL) orientados a la cooperación entre entidades locales de la UE y América Latina –con el objetivo de intercambiar experiencias y difundir las mejores prácticas de políticas urbanas–, ha creado en el año 2002 una nueva red temática dedicada a explorar la democracia participativa. Asimismo, el Banco Mundial financia crecientemente proyectos de desarrollo fundamentales en la co-implicación de los beneficiarios.

En Europa, como vimos, desde hace unos años en el ámbito local se han implementado diferentes mecanismos participativos orientados a estimular la implicación y proximidad entre la ciudadanía y los gobiernos (a nivel ayuntamiento), con grados de profundización dispares, por medio de herramientas generalmente previstas en los reglamentos locales de participación ciudadana. De la misma forma, el tema se ha transversalizado en el plano programático de los diferentes partidos políticos, con mayor presencia claro, en los que se ubican en el espectro ideológico desde el centro hacia la izquierda.

También puede notarse una tendencia a la institucionalización por medio de normas jurídicas de las políticas de participación, así como de los presupuestos participativos específicamente.

En Perú, por ejemplo, el presupuesto participativo pasó de ser una experiencia municipal a ser una agenda legislativa. Ha sido incorporado, en cuatro leyes, incluyendo dos leyes orgánicas, de manera vinculante: en la Ley de Modernización de la Gestión del Estado, Ley de Bases de la Descentralización, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y Ley Orgánica de Municipalidades (Grey Figueroa, Hinojosa, Egoávil, 2003: 17).

En Brasil, la Ley Federal 10.257, del 10 de julio de 2001, llamada *Estatuto da Cidade*, una norma que desde hacía diez años venía siendo discutida y reclamada al estado por parte de las redes de organiza-



ciones populares ciudadanas, expresamente incluye en su artículo 4, párrafo III, inciso f que serán utilizados como instrumentos de planeamiento municipal, en especial, la gestión presupuestaria participativa –*gestão orçamentária participativa*– (Sánchez, 2002: 94).

Finalmente en Argentina, es necesario mencionar la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en su artículo 52 señala categóricamente que «El presupuesto de la Ciudad será de carácter participativo».

Variables principales para comparar y evaluar las experiencias de presupuestos participativos

Resumiendo las características comunes que permiten esbozar lo que sea un marco de análisis comparativo de las diferentes experiencias de presupuestos participativos, se puede decir que no hay ninguna de ellas que no haya contado con la iniciativa del Ejecutivo municipal, lo que habla a las claras de la importancia que los representantes políticos están teniendo al menos para viabilizar la iniciativa y el comienzo de este tipo de procesos de participación ciudadana.

Los presupuestos participativos se caracterizan también por combinar la participación directa y representativa, complementando la vapuleada dimensión representativa con la participación directa de la ciudadanía en los asuntos que afectan su vida cotidiana.

Igualmente, una gran cantidad de estas experiencias tienen procesos de autoreglamentación, generados desde la discusión de los propios vecindarios sobre la organización del proceso y que se articulan con los marcos jurídicos usuales de la elaboración del presupuesto municipal de forma «*praeter legem*». En ellos se contemplan los perfiles y responsabilidades de la ciudadanía que participa activamente del proceso, la forma de realizar las votaciones en las asambleas, la utilización y definición de criterios de distribución a la hora de ponderar propuestas diversas y tomar decisiones presupuestarias, la articulación co-gestiva dentro del proceso de verdaderos «conjuntos de acción» integrados por la ciudadanía, asociaciones, técnicos, representantes políticos.

Es posible entonces determinar cuáles son las variables principales que permitan evaluar y comparar las distintas experiencias de presupuestos participativos locales, en tanto que uno de los mecanismos específicos de garantía del «Derecho a la Ciudad». La siguiente enumeración no agota las variables posibles de evaluación a los efectos de dicha comparación de las experiencias locales de presupuestos participativos.

1. *Variables vinculadas con el impacto económico de los presupuestos participativos sobre el presupuesto municipal de las ciudades que lo implementan*

Son sintomáticas de la importancia política y el grado de involucramiento que exhiben las administraciones con los presupuestos participativos, así como de sus potencialidades a la hora de promover la participación ciudadana para el acceso a los bienes públicos.

- 1.a Porcentaje del presupuesto municipal consolidado.
- 1.b Porcentaje del presupuesto de inversión.
- 1.c Presupuesto participativo por habitante.
- 1.d Impacto del presupuesto participativo sobre la recaudación fiscal.

2. *Variables relacionadas con la importancia del presupuesto participativo dentro de la organización administrativa de las ciudades que lo implementan*

Sirven para observar si existen modificaciones en la cultura administrativa, y transversalidad en las actuaciones, ya que se trata de una política compleja que exige la cooperación de distintas áreas de la administración pública local. Son sintomáticas también del grado de compromiso político que exhiben las administraciones a la hora de lidiar con las inercias administrativas y desarrollar nuevas formas de gestión exigidas por los presupuestos participativos. Así como del impacto del presupuesto participativo en la cultura administrativa existente en la ciudad.

2.a En qué sector del gobierno local es iniciado y desarrollado el Presupuesto Participativo.

2.b Existencia de acciones de capacitación específica en Presupuestos Participativos para los funcionarios administrativos de la municipalidad.



2.c Cantidad de personal de las distintas áreas administrativas vinculadas afectadas a tiempo parcial y a tiempo total a los presupuestos participativos.

2.d Distribución funcional del personal afectado a los presupuestos participativos.

2.e Si existen instancias de transversalidad entre las distintas áreas involucradas en el funcionamiento de los presupuestos participativos.

2.f El costo del presupuesto participativo. Qué porcentaje del presupuesto municipal se invierte para la organización del presupuesto participativo. Cómo se distribuye ese gasto: por ejemplo, salarios del personal afectado, publicidad, etc.

3. Variables que hacen a la calidad de la participación en los presupuestos participativos

Se pueden dividir a su vez, en lo que tiene que ver con la forma de la participación, junto con aquellas que indican el carácter decisorio de las instancias o meramente consultivo. Finalmente, una tercer variable sería la posibilidad de un control o fiscalización ciudadana sobre la ejecución presupuestaria. También, si se prevén mecanismos para incentivar la participación de sectores sociales específicos: mujeres, niños y jóvenes, tercera edad, inmigrantes.

3.a Según la forma de la participación sea de base directa universal e igualitaria para cualquier vecina o vecino de la ciudad, o indirecta y representativa a través del tejido asociativo, o alguna forma de combinación de las dos primeras variantes.

3.b Según el presupuesto participativo sea una instancia de decisión o meramente de consulta.

3.c Según si el proceso participativo se extiende o no también a la fiscalización, seguimiento o control ciudadano de la ejecución del presupuesto comprometido por la ciudad para esta iniciativa.

3.d Si existen canales o mecanismos específicos de participación para las mujeres, los niños y jóvenes, la tercera edad, los inmigrantes.

4. Variables relacionadas con el marco de regulación jurídica

4.a A qué nivel normativo se regulan los presupuestos participativos.

4.b Qué grado de autonomía poseen los municipios para llevar adelante una política de presupuestos participativos.

4.c Si existen instancias de autorregulación o autorreglamentación para la realización de los presupuestos participativos.

5. *Variables relacionadas con los criterios de distribución de los recursos*

En las experiencias de presupuestos participativos se deben consensuar criterios que permitan la distribución de los recursos presupuestarios puestos a discusión. La forma y el contenido de estos criterios constituyen variables fundamentales para analizar la voluntad de priorizar la justicia distributiva y las medidas de acción positiva hacia sectores o zonas de la población urbana históricamente desfavorecidos. También por la forma de ser concebidos los criterios pueden incorporar un grado de objetividad que de transparencia al proceso de participación en la asignación presupuestaria, o bien prestarse a evaluaciones subjetivas que deberán ser saldadas «políticamente», finalmente pueden ser criterios más o menos accesibles a la comprensión de la población o difíciles de comprender. Todo esto se relaciona también con la manera de elaboración y revisión de los criterios de distribución: ¿han sido elaborados por los técnicos de la municipalidad o también consensuados y puestos a discusión de la ciudadanía? del curso que adopten estas variables en las distintas experiencias de presupuestos participativos, dependerá el grado de transparencia, objetividad y comprensibilidad por parte de la ciudadanía de este tipo de procesos con el consiguiente incentivo o desincentivo a los niveles cualitativos y cuantitativos de participación en ellos.

5.a Forma de elaboración técnica, discusión ciudadana, mixta.

5.b Aspectos sociales-redistributivos y de acción positiva incluidos en los criterios.

5.c Grado de objetividad/subjetividad de los criterios adoptados.

5.d Criterios comunes para las distintas partes del presupuesto puestos a discusión o criterios diferenciados para cada partida del presupuesto.

5.e Grado de comprensibilidad de los criterios por parte de la ciudadanía.

Balance provisorio sobre la potencialidad de los presupuestos participativos en el marco del garantismo del derecho a la ciudad y la profundización de una democracia de proximidad

No se trata aquí de construir una visión acrítica e ingenua de las dificultades que encierra la profundización de los procesos de democratización en este difícil comienzo de siglo. Muy por el contrario, nuestra indagación si bien orientada teleológica y valorativamente a la búsqueda de la democracia de proximidad, que se construya sobre la trama tejida por la participación cotidiana de la ciudadanía, como vía para «la reinención solidaria y participativa de lo estatal» (Boaventura de Souza Santos), no puede dejar de hacer un balance de las dificultades, peligros y obstáculos, así como de los límites que este tipo de políticas deben enfrentar. Solamente, contra este telón de fondo se recortan las potencialidades del derecho a la ciudad y sus garantías de proximidad.

En efecto, la rápida generalización, a la fecha, de los presupuestos participativos unida a su incierto impacto sobre los procesos de democratización, dada la inexistencia de estudios comparativos profundos y de alcance regional o interregional, proyectan la sombra bajo la que se dejan ver una serie de dificultades y obstáculos que nuestra perspectiva, si pretende ser crítica y no ingenua, no puede dejar de ponderar.

La rápida calificación como «buenas prácticas» de los presupuestos participativos, junto a toda una gama de políticas de participación local; su centralidad en las recetas e inventarios de una serie de instituciones internacionales heterogéneas, entre otras, el Banco Mundial, la ONU, UE; la existencia de numerosos *incentivos en términos de legitimación y en no menor medida de financiación* para estudios e implementación de este tipo de políticas, generan el riesgo de su transformación en meros eslóganes legitimadores o estrategias de captación de recursos para gobiernos locales de nuestra región, sumamente necesitada de esos insumos políticos.

La persistencia de una cultura política de tipo decisionista y clientelista, así como la fragilidad de las culturas administrativas y organizacionales, sumadas a la dependencia y debilidad de los tejidos

asociativos que crecen constelados con dichas tendencias de la política local, plantean escenarios reactivos a los principios y valores básicos de los presupuestos participativos como uno de los vectores posibles para la construcción del derecho a la ciudad.

De esta forma, puede generarse una participación declamada que en realidad no profundice un proceso de innovación institucional ni de generación de consensos exigentes renovados en la genuina y decisoria participación cotidiana de la ciudadanía.

La participación, en una concepción multidimensional, amplia y no reduccionista de las garantías de proximidad que requiere el ejercicio de los diversos aspectos del derecho a la ciudad, exhibe un doble perfil: como derecho pero también como garantía.

Así, la participación en la elaboración democrática del presupuesto, reviste un aspecto específico de principalísima importancia en ese «garantismo de proximidad», de ahí la necesidad de generar un marco de análisis y evaluación comparativo, integrado por variables que permitan ponderar el grado de democratización del presupuesto como ejercicio dirigido a generar los bienes públicos relacionales, que hacen a las distintas facetas del derecho a la ciudad.

Estamos convencidos que el teleologismo valorativo puede fecundarse con el análisis comparativo de las experiencias empíricas, para medir el grado de garantismo de este nuevo derecho colectivo que va naciendo en el espacio urbano del siglo XXI.

De ahí que nos guíe un impulso contradictorio, por una parte un «optimismo de la voluntad» que nos hace tomar en serio las promesas de innovación y profundización democrática en el ámbito urbano que tanto los presupuestos participativos como otros aspectos del derecho a la ciudad suponen. Pero al mismo tiempo y por eso mismo, el «pesimismo de la razón» nos indica la necesidad de ponderar muy crítica, sobria y empíricamente los avances, alcances, obstáculos y límites de las experiencias conocidas, construyendo un marco comparativo por medio de variables objetivas y rigurosas a la hora de producir indicadores fiables para medir el grado de avance en la garantía de proximidad de dicho –por ahora difícil de asir– «Derecho a la Ciudad».

La regeneración democrática y el derecho a la ciudad

Estas conclusiones, provisionarias, forman parte de un esfuerzo por comprender la potencialidad y los límites del ámbito urbano como espacio de regeneración democrática y por consiguiente, de ejercicio activo de la ciudadanía y de los derechos humanos.⁷⁹

Por el lado de los derechos y la ciudadanía, como vimos, tanto la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, como la Carta Europea de Derechos Humanos en la Ciudad, comprenden a los derechos desde una perspectiva diferente a la tradicional visión individualista y judicialista. Sin negarlos y englobando estas dimensiones, ambos documentos internacionales enfatizan el derecho a la ciudad como derecho colectivo que necesita un determinado marco estructural de sociedad urbana que permite generar bienes relacionales y marcan un modelo de construcción social del hábitat.

Metodológicamente, el derecho a la ciudad exige una visión plural, no exclusivamente jurídico-textual de la ciudadanía y los derechos. La reflexión jurídica debe articularse con el análisis económico, sociológico, antropológico e histórico, si es que en realidad pretendemos conocer y llevar adelante prácticas ciudadanas y derechos en espacios urbanos de complejidad creciente, atravesados por flujos de dinero, mercancías e información. Un análisis interdisciplinario y concreto, centrado en las situaciones que en el contexto urbano obstaculizan la regeneración de las prácticas ciudadanas activas y el ejercicio de los derechos.

Solamente desde la capacidad de ejercer la ciudadanía, competencia que debe ser desarrollada tanto desde las organizaciones y movimientos de la sociedad civil, como desde los profesionales y las políticas involucradas en la intervención social y la protección y promoción de los derechos, puede cerrarse la brecha que existe entre declaraciones de derechos y eficacia social de los mismos, entre la titulari-

⁷⁹ «Políticas locales de participación ciudadana: estudios de casos en España y el Mercosur», Proyecto de investigación acreditado, integrado por los investigadores María de las Nieves Cenicalaya, Carola Bianco, Erika Bauger, José Orlor, Ezequiel Kostenwein y Alejandro Médici.



dad de los derechos y la ciudadanía y el ejercicio activo de los mismos, entre las técnicas jurídicas de garantía y de intervención social y sus destinatarios.

La apertura metodológica de la ciudadanía y los derechos nos hace recuperar la memoria: las declaraciones y garantías de derechos, las políticas de intervención y de servicios para la calidad de vida, son procesos sociales originados en la exigencia de las situaciones, de los colectivos sociales y sus necesidades. Recuperar el papel de estos últimos como sujetos protagonistas y no como meros clientes, pacientes o «poblaciones objeto», exige comenzar por replantear la formación de los operadores sociales y de las políticas mismas que actúan desde las administraciones y la sociedad en el campo de la ciudadanía, el bienestar y los derechos.

Por el lado de la democracia, se hace necesario y urgente en el contexto de la globalización neoliberal que promueve la abstracción del poder político, de los flujos de información y de los bienes, un recentramiento de las capacidades políticas, económicas y sociales en torno al espacio local y a la ciudad. Dicho recentramiento constituye uno de los requisitos de la mentada regeneración de la democracia. Se trata de promover una democracia material, arraigada en la concreción del espacio urbano. Si pretendemos reconstruir nuestro mundo circundante a escala humana, para recuperar ese arraigo y esa materialidad que se van perdiendo como consecuencia de los procesos de transnacionalización, no cabe otro camino que el de dotar a las comunidades locales de poder efectivo. No basta, para ello, dictar normativas que lo declaren o reconozcan.

Por eso es necesario establecer un marco de análisis de las experiencias novísimas de participación local (planes comunitarios, democracia semidirecta, presupuestos participativos, agendas 21) para determinar sus posibilidades, logros y límites a la hora de promover dos variables fundamentales de todo proceso de regeneración democrática local y de ejercicio del derecho a la ciudad: la capacidad de innovar institucionalmente, y de generar procesos de legitimación a través de consensos exigentes, no presupuestos ni tácitos, sino renovados de forma continua, que supongan la participación-decisión tanto extensa como intensa de la ciudadanía, en las políticas de construcción del hábitat que afectan su calidad de vida.



Se trata de procurar la transformación de la ciudad, desde receptáculo pasivo y ámbito de funciones delegadas a unidades de poder autónomas y autárquicas. Solamente así será posible la construcción de una «ciudad a escala humana», donde vibren las calidades de vida y la ciudadanía activa para todas y todos. Solamente así, podremos decir nuevamente, como en los inicios de los procesos de secularización y urbanización que acompañaron el desarrollo de la ciudadanía moderna, *«el aire de la ciudad nos hace libres»*.

CAPÍTULO IX

Derechos de las comunidades originarias en Argentina: entre la "constitucionalización simbólica" y el reconocimiento del pluralismo

En el presente trabajo analizaremos la especificidad de los pueblos originarios como sujetos de derechos reconocidos por la Constitución Nacional, en relación a otros grupos sociales «desaventajados» (I). Analizaremos algunos hechos de la práctica constitucional reciente en general, y más específicamente los que surgen del caso que tomaremos como ejemplo: Lhaka Hontat. Ejemplo de la distancia entre el reconocimiento constitucional declarativo y la mencionada práctica constitucional con los consiguientes obstáculos jurídicos y políticos al ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas (II). Extraeremos de todo esto algunas reflexiones desde una perspectiva crítica, de la función que juega el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos originarios en el paradigma jurídico monista y monocultural predominante (III). Finalmente, intentaremos demostrar la potencialidad hermenéutica del 75 inc. 17 CN desde una perspectiva que parte del pluralismo jurídico, el reconocimiento de la alteridad y del pluralismo cultural y la propuesta de hermenéutica que vincule a las culturas potenciando el reconocimiento mutuo de sus fortale-



zas y debilidades en términos de tópicos de dignidad humana (hermenéutica diatópica) (IV).

Los derechos de las comunidades indígenas

La reforma constitucional de 1994 marca un avance en la protección de las comunidades originarias en nuestro país. Por medio de la introducción del artículo 75 inc. 17 (pese a la deficiencia de técnica legislativa que su ubicación en la parte orgánica y no en el capítulo de nuevos derechos y garantías supone),⁸⁰ el estado argentino reconoce su preexistencia étnica y cultural; garantiza el respeto a su identidad; a recibir una educación bilingüe e intercultural; a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y a regular la entrega de otras aptas para el desarrollo humano, siendo estas tierras no enajenables, intransmisibles, inembargables, ni sujetas a gravámenes, asimismo reconoció la personería jurídica de las comunidades y su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que les afecten.

Este progreso positivo, se inscribe en el marco de derecho internacional y constitucional comparado que tiende al reconocimiento de estos derechos de las comunidades originarias. Al mismo se agrega la ley 24.071 que aprobó el Convenio 169/89, ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional recién en 2001, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT. Este Convenio goza de jerarquía suprallegal (Cf. arts. 31 y 75 inc. 22 CN) y ambas disposiciones completan y mejoran el marco jurídico que proveía la ley 23.302 de política indígena.

Asimismo, las constituciones provinciales que van entrando en procesos de reforma para adecuarse a la Constitución Nacional reformada en 1994, incorporan estos derechos de las comunidades indígenas: así, por ejemplo, la de Salta reformada en el 2000, la del Chaco

⁸⁰ Cf. Quiroga Lavié, Benedetti, Cenicacelaya, 2001, p. 235.

(art. 37) que enfatiza y refuerza la propiedad comunitaria de la tierra o la más reciente de Tucumán (art. 149), entre otras.

La titularidad de estos derechos recae en *sujetos colectivos*, definidos de la siguiente forma:

Las comunidades indígenas, pueblos y naciones que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades previas a la invasión y a la Colonia que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Conforman en el presente sectores no dominantes de la sociedad y *están destinados a percibir, desarrollar y transmitir a generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas jurídicos.*⁸¹

Sin duda el concepto se relaciona con el más general de minoría étnica, pero al mismo tiempo es mucho más específico. Los grupos étnicos son entendidos por lo general en términos de una identidad cultural definida en forma amplia (de lenguaje, origen nacional, religión, etnia, organización social). Los pueblos indígenas son minorías étnicas tanto numéricamente (aunque no en Bolivia, Ecuador, Guatemala, Perú o el Norte de Canadá), pero sobre todo son minorías sociales y políticas, de esas que se califican con los eufemismos de «grupos sociales vulnerables» o «desfavorecidos». Según el reporte de Aga Khan:

los grupos más despojados y los peor tratados en la mayoría de los países [...] su ingreso promedio es más bajo, su salud es peor, son víctimas de manera desproporcionada del arresto y la prisión. Aún en los países más ricos, los pueblos indígenas viven como ciudadanos de segunda clase en condiciones de

⁸¹ Definición dada por el entonces Relator Especial de las Naciones Unidas, Martínez Cobo y hecha suya por Boaventura de Souza Santos, 1998, p. 154. (El subrayado es nuestro)

segunda clase que a menudo son comparables con las de los más pobres en el Tercer Mundo. (1998: 155)

Por su parte, Oscar Correas agrega otros factores sociológicos de especificación: el uso y control comunitario de la tierra, la familia ampliada o extensa como forma de agrupación social básica y la producción agraria primordialmente para el autoconsumo, datos sobre los que se construye la relación con la naturaleza no dominadora, apropiadora, invasiva ni corrosiva, y que son indistinguibles, forman parte, de su propia identidad cultural (Correas, 2006).

A estas características hay que agregar que estas comunidades suman a los agravios históricos que sufren desde los estados nacionales modernos, la que resulta del proceso mundial de acumulación de capital que tiende a subsumir incluso las regiones más remotas, y a rentabilizar cada vez más valores de uso naturales y culturales, con el resultado de un incremento de la amenaza a sus estilos de vida tradicionales, sus derechos consuetudinarios y sus economías campesinas.

De ahí que los derechos colectivos de los que son titulares y reclaman no son concebidos por las comunidades como derechos que les deben ser otorgados, sino más bien como aquellos que habían ejercido desde siempre, antes que les fueran arrebatados por una actividad de conquista y sometimiento.⁸² Este es el rasgo que más especifica a estas comunidades ya que otras minorías étnicas, por ejemplo, los migrantes, no tienen la posibilidad de reivindicar esa *preexistencia histórica* frente al estado receptor. La continuidad o supervivencia cultural está relacionada en este caso a la vinculación con la tierra comunitaria, ancestral y sus recursos. Territorio, simbolismo cultural identitario, instituciones, usos y costumbres, forjan en estas condiciones una amalgama que no puede ser dividida sin graves consecuencias para la existencia misma de la comunidad, que pueden llegar, como lo confirma trágicamente la historia

⁸² Ver al respecto las categóricas descripciones y citas históricas en: Rosatti, 1994. p. 191; Travieso, 1996, pp. 164-165; Quiroga Lavié y otros, 2001, pp. 326-327.

de los últimos siglos en América Latina, y en Argentina, al genocidio y al etnocidio.

Por esto, las normas jurídicas de los estados nacionales y de las organizaciones internacionales, que en los últimos tiempos vienen reconociendo estos derechos se ven obligadas a asumir, al menos simbólica o declarativamente, algo que va mucho más allá de la igualdad sustancial: se trata del *reconocimiento de las comunidades como tales*. En ese contexto hay que entender la norma constitucional *sub examine*, así como sus similares en el derecho constitucional regional comparado: Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Nicaragua, entre otras.

La práctica constitucional: algunas reflexiones desde el ejemplo del fallo Lhaka Honhat

Pese a estos avances en el plano normativo, queda la deuda de implementación de políticas efectivas, pues su mera manifestación declarativa perpetúa la situación de marginación de las comunidades originarias en nuestro país. Para ello es necesario ir a contrapelo de la inercia de la actual y operante cultura jurídica.

Ante la obligación antidiscriminatoria asumida por Argentina a través de la incorporación con jerarquía constitucional del derecho internacional de los derechos humanos, leyes antidiscriminatorias, el Informe 2007 sobre derechos humanos en Argentina del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) dice, *no parecen ser suficientes para proteger el derecho a ser diferentes y a vivir de acuerdo a su cultura* (392).

En efecto, los reclamos de las comunidades originarias en los distintos extremos de nuestro país (por ejemplo, Chaco, región patagónica, Salta, Jujuy, entre otros) se han multiplicado, siendo esto demostrativo de la apertura de posibilidades hermenéuticas que el reconocimiento constitucional, sumado al Convenio 169/89 OIT, exhiben a la hora de enmarcar las reivindicaciones de dichas comunidades. Pero esos mismos ejemplos, son al mismo tiempo, demostrativos de las dificultades que tiene el arraigo y andadura de los derechos específicos reconocidos para lograr una actitud del estado (en sus distintos

niveles) y los juristas, acorde con las exigencias y la especificidad que dicho reconocimiento exigiría para ser realmente efectivo.

Veamos algunos hechos demostrativos *en general*:

- La tardía ratificación por el estado nacional del Convenio nro. 169/89 de la OIT que determinó todo un período de no vigencia del mismo, entre su aprobación por el Congreso de la Nación, en 1992 hasta su ratificación en 2001.⁸³

- La falta de información estadística fiable por parte del estado nacional que dificulta la implementación de políticas públicas que garanticen, faciliten y reconozcan el ejercicio de sus derechos por parte de las comunidades originarias. Se estima que su número puede situarse entre 800 mil y 2 millones. En algunas provincias, la proporción de indígenas respecto del total de habitantes puede oscilar entre el 17 y el 25% (Asociación por los Derechos Civiles, 2005: 369).

- La actitud de algunas administraciones provinciales, que pese al reconocimiento simbólico a nivel constitucional nacional y la correspondiente reforma de las constituciones provinciales, son reluctantes a reconocer los derechos de las comunidades en su completitud y especificidad, cuando los mismos son contradictorios con intereses administrativos, económicos e inmobiliarios de sus gobiernos, siendo paradigmáticos en este sentido, los casos de las provincias de Salta, Formosa, Neuquén y Chaco.

- Son escasas las comunidades originarias que poseen título reconocido de forma provisoria o definitiva a la tierra que habitan desde tiempos inmemoriales. En la mayoría de las provincias del territorio argentino existen demandas indígenas de titulación de tierras. Dado este pa-

⁸³ Ello ha motivado el rechazo de reclamos por parte de comunidades, ver por ejemplo, el fallo de la CSJN donde el tribunal rechazó con el voto de todos los Ministros, con la sola disidencia de Boggiano un recurso de hecho presentado por dos personas *en nombre del Pueblo indígena, sus organizaciones y comunidades* ante la falta de respuesta a una nota de los actores al Ministerio de Relaciones Exteriores para que les informara si el Poder Ejecutivo Nacional había ratificado el Convenio OIT 169. Recurso de hecho: Frites Eulogio y Alemán, América Angélica c/el Poder Ejecutivo Nacional. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. F.284.XXVI. Apud. Travieso, 1996, pp. 168-172.



norama, la mayoría de los grupos figura como ocupantes de tierras fiscales, o de titularidad de empresas o individuos particulares.

- Además, las comunidades sufren, dada su condición de grupo socialmente vulnerable y desfavorecido, arbitrariedades y violaciones de derechos cotidianas en su trato con los distintos niveles del estado que ven desde los obstáculos culturales para acceder a servicios y reclamos administrativos, hasta la violencia institucional y policial abierta que se refuerza por su condición de comunidades indígenas.

En *especial*, es demostrativo el largo y penoso curso que llevan recorrido las comunidades originarias involucradas en el caso Lhaka Hontat, del que mencionaremos y valoraremos sólo los aspectos que nos parecen relevantes para la argumentación que nos interesa desarrollar en este trabajo.⁸⁴

- Las comunidades indígenas Wichis, Qom, Iyojwaja, Tapiyi, que viven en el margen derecho del río Pilcomayo en la provincia de Salta, en los lotes fiscales 14 y 55, en una extensión de 600 mil Has., aproximadamente, comenzaron a reclamar hace más de dos décadas su derecho al reconocimiento por parte del estado provincial sobre las tierras que ocupan desde tiempos inmemoriales. En 1984 los líderes de esas comunidades de cazadores, pescadores y recolectores rechazaron en forma conjunta una propuesta del gobierno de Salta de entrega de la tierra por medio de titulaciones individuales de propiedad. El motivo del rechazo era la intención gubernamental de dividir la tierra y urbanizarla. Esta modalidad de ordenamiento territorial anularía sus posibilidades de acceder libremente a los recursos y generaría disputas y conflictos internos por la defensa de uso exclusivo que harían los propietarios individuales, poniendo en peligro la forma de vida tradicional que consiste en el uso comunitario de la tierra. Por eso, solicitaron en representación del conjunto de las comunidades la entrega de una superficie sin divisiones internas, bajo un título único a nombre de

⁸⁴ CSJN. Expdte: A.182.XXXVII. Recurso de hecho. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta. 15 de junio de 2004. Asimismo, para análisis de dicho Fallo remitimos a: CELS, 2007, pp. 393 y ss. y Asociación por los Derechos Civiles, 2005, pp. 372 y ss.

todas ellas, logrando en 1991 reunir las pruebas que acreditaban su posesión inmemorial en las tierras objeto de reclamo.

En varias ocasiones el estado provincial se comprometió a hacerlo bajo una forma de titulación y demarcación que respete la tradición de dicha comunidad, y en todas ellas no cumplió con lo prometido. Por el Decreto 2609 el Ejecutivo salteño se comprometió a unificar los terrenos fiscales y entregar en título único común. Las comunidades se organizaron en la asociación civil Lhaka Honhat (nuestra tierra, en wichí). Desde 1993 a 1995 se reunió y funcionó como organismo consultivo la Comisión Asesora Honoraria con la participación de la asociación que tenía la misión de asesorar sobre la forma de entregar las tierras a las comunidades. Pero en 1995 el gobierno provincial con el apoyo del nacional, puso en marcha la construcción de un puente internacional sobre el Río Pilcomayo en el límite con Paraguay, teniendo una de sus cabeceras en las tierras objeto del reclamo, e incluyendo instalaciones de gendarmería, aduana, migraciones y una ruta nacional sobre el territorio indígena. Lhaka Honhat interpuso entonces una acción de amparo solicitando el estudio de impacto socioambiental y la participación de las comunidades afectadas, habitantes inmemoriales de la zona en lo que hace a sus intereses. La justicia provincial con la posterior convalidación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la acción.

El gobierno provincial, mediante Decreto N.º 3097/95, decidió la adjudicación a las comunidades de una superficie única y sin subdivisiones de 240.000 Has., pero a continuación elevó el decreto como proyecto de ley a la legislatura provincial, donde se lo demoró. En 1996, más de mil indígenas pertenecientes a las comunidades, ante el incumplimiento del gobierno, ocupó de forma pacífica las obras del puente durante 23 días. Se firmó un nuevo acuerdo, que tampoco fue respetado. Además el territorio reclamado sufre constantes agresiones al ecosistema por la tala indiscriminada del bosque nativo, el pastoreo del ganado vacuno y, recientemente, por la amenaza de avance del frente agrícola-ganadero y una posible explotación petrolera.⁸⁵

- En este sentido, su reclamo se alinea con la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Comuni-

⁸⁵ Ver para una descripción minuciosa de todos estos hechos CELS, 2008, pp. 210-213.

dad Mayagma, donde dicho tribunal ordenó al estado de Nicaragua a adoptar en su derecho interno las medidas legislativas necesarias, administrativas y de cualquier otro carácter para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación, y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de estas, y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia del valor, uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades.⁸⁶

- Las comunidades tuvieron que «formatearse» como simple asociación civil para que se le reconociera legitimación activa para acceder a la justicia en defensa de sus derechos. Las formas de reconocimiento jurídico del estado pueden obstaculizar o dificultar, por acción u omisión, los lazos de asociación en y entre las comunidades, la designación de sus representantes. En el ejercicio de estas facultades no deben sufrir ingerencias arbitrarias del estado. Organizada como Asociación Civil Lhaka Honhat, forma asociativa que no respeta los vínculos tradicionales ni sus órganos de decisión, inició reclamos administrativos primero, luego judiciales en 1992.

- La justicia provincial de Salta, alineada siempre con el estado provincial, rechazó reiteradamente todas las presentaciones de la comunidad Lhaka Honhat, lo que motivó el planteo del reclamo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 1998. La denuncia, asesorada por CELS y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), se fundó en el agravio a los derechos a la vida, integridad física, salud y subsistencia, a la cultura, a fijar el lugar de residencia, a la no injerencia en la vida privada y familiar, a la protección de la familia y a la información. Asimismo, se alegó la violación de los derechos de asociación, propiedad y a la protección judicial. Comenzó un proceso de solución amistosa tendiente a delimitar los territorios, entregarlos y realizar el necesario estudio de impacto ambiental y social. La respuesta del estado argentino ante esta denuncia reconoció que la construcción del puente internacional sobre el Río

⁸⁶ Cf. Albanese, 2004, p. 514.



Pilcomayo Misión La Paz (Argentina)-Pozo Hondo (Paraguay), así como otros caminos y edificios diversos, modifica sensiblemente la forma de vida de las comunidades indígenas y que habría sido oportuna la celebración de consultas, así como de un informe sobre el impacto medioambiental de esas obras. Por esa razón, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas ha ofrecido su disposición «para arbitrar los mecanismos disponibles a fin de dar cumplimiento al imperativo constitucional de reconocer la posesión y propiedad comunitarias de las tierras ocupadas por los indígenas» (CELS, 2008: 214).

El objetivo de acudir a la instancia regional del sistema interamericano de derechos humanos fue el de consensuar una solución razonable para ambas partes que considerara las legítimas aspiraciones de las comunidades originarias involucradas. Las únicas condiciones puestas por Lhaka Honhat fueron que el estado se comprometiera a no realizar obras que modificaran la situación existente, y además que durante el lapso de la negociación no transmitiera derechos de dominio sobre las tierras en disputa a terceros. El proceso de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tuvo por objeto que se acordara el proceso de entrega de tierras, se realizara un estudio de impacto socioambiental de las obras y se consultara a las comunidades sobre las obras a iniciar sobre el territorio indígena.

Sin embargo, el gobierno de la provincia insistió en dividir y adjudicar terrenos en detrimento de los derechos de la comunidad. Para ello reconoció por la Res. 423/99 y el Decreto 461/99, titulaciones a *comunidades ficticias y a particulares*. Buscando desde entonces *dividir y manipular la base social indígena en la zona* (2008: 394). Finalmente en 2005 se retiró del proceso de solución amistosa, desconociendo los compromisos asumidos.

- La asociación interpuso frente a estas decisiones acción de amparo que fue rechazado por la Corte salteña, con argumentos formales que no tenían en cuenta el fondo de la cuestión que se estaba discutiendo: el reconocimiento de la propiedad comunitaria y de los derechos de las comunidades en los términos del 75 inc.17 CN. Así, la Corte salteña argumentó, entre otras cosas que «los actos impugnados no exhiben arbitrariedad o ilegalidad notorias, toda vez que, [...] al disponer la notificación mediante edictos a los ocupantes no relevados siguió el procedimiento previsto en el art. 23 de la ley 6469».

Es evidente que *la notificación por edictos es inadecuada y agraviante para los miembros de una comunidad aborigen que no saben leer ni escribir y habitan zonas marginales alejadas de los ámbitos urbanos, donde carecen de medios de información tales como el boletín oficial y periódicos locales*.⁸⁷

Asimismo pretendía que «los integrantes de las comunidades opten por cualquiera de las formas de adjudicación establecidas en la ley [...] y que adquieran la propiedad de la o las parcelas de forma individual o colectiva». Con respecto al derecho que le asistía a las comunidades, que históricamente venía reclamando y que había obtenido compromisos de los gobiernos nacional y provincial, sostuvo que «tales reclamos sólo les ha generado una expectativa posible de que les sea transmitida en propiedad las tierras en cuestión, al igual que a los restantes pobladores de la zona».⁸⁸ Con esto el Tribunal Provincial desconoció el Acta de Acuerdo celebrada entre el Gobierno y las comunidades, ratificada por el decreto 2609/91 del Ejecutivo provincial, «por la cual la provincia se compromete a respetar la solicitud [...] en cuanto a que las superficies serán adjudicadas sin divisiones y mediante título único de propiedad y donde también acuerdan unificar los lotes aludidos para someterlos a un destino común».⁸⁹

- A pesar del fallo de la CSJN, el gobierno provincial de Salta ha persistido en su política de negación de los derechos de las comunidades representadas por Lhaka Honhat. Como lo denuncia el mencionado informe del CELS, la provincia continúa tratando de dividir y manipular la base social indígena, y se presentó en el marco de la causa solicitando se declare «cuestión abstracta» lo decidido por la CSJN en su fallo sobre la cuestión, argumentando la convocatoria de un referéndum en 2005 para decidir el destino de los lotes 55 y 14. Se ha retirado del proceso de solución amistosa instado por la CIDH e insiste en pretender que la justicia provincial homologue «acuerdos» con particulares que supongan adjudicaciones parciales de tierras,

⁸⁷ CSJN. Expdte: A.182. XXXVII. Cit. Cf. Considerandos 1 y 3 Dictamen del Procurador General de la Nación.

⁸⁸ *Ibid.*, Considerando 1 del Dictamen.

⁸⁹ *Ibid.*, Considerando 3 del Dictamen.



violando el derecho a la propiedad comunitaria del colectivo Lhaka Honhat, esto es «divorciados del derecho de uso tradicional de la tierra y de los recursos naturales (esto es recorridos de caza, recolección, pesca y cultivo estacional)» (CELS, 2008: 395); adjudicaciones violatorias del artículo 75 inc. 17 y del Convenio 169/89 OIT.

- En cuanto al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede decirse que tanto el dictamen del Procurador General de la Nación, como la sentencia misma de la Corte, nos dejan con un cierto sabor amargo. En efecto, si por una parte reconocen el amparo presentado por la comunidad, reafirmando la doctrina anterior del fallo Hoktek T´Oi, en el sentido de ser el amparo colectivo un remedio idóneo para tutelar la afectación de los derechos constitucionales de las comunidades originarias, son sin embargo, *sumamente parcós a la hora de fundar en argumentos constitucionales la cuestión de fondo, en un fallo que podría haber sido ejemplificador para situaciones que, lamentablemente, todo indica se repetirán ante la vulnerabilidad de las comunidades*. Veamos: el procurador remite a la arbitrariedad del fallo fundando su dictamen en los hechos y en los formas del proceso ante la justicia salteña, sin profundizar a la luz de las peculiaridades de los sujetos involucrados y a sus derechos de acuerdo la Constitución Nacional, el Convenio OIT 169, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Por su parte, la CSJN desecha la oportunidad de profundizar su doctrina sobre la cuestión de la garantía de los derechos de las comunidades originarias, remitiendo al dictamen del Procurador General en un fallo que sorprende por lo escueto y carencia de fundamento motivada según el alto tribunal en «razones de brevedad»*.⁹⁰

⁹⁰ En su único y brevísimo considerando la sentencia dice: «Considerando [...] Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos por el señor Procurador General, a los que cabe remitir por razones de brevedad. Por ello se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la decisión apelada. Vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaoni». CSJN. Cit.

- Al retiro de las negociaciones el gobierno provincial sumó la convocatoria y realización de un referéndum vinculante de clara naturaleza inconstitucional, contrario al 75 inc. 17 CN y el convenio 169/89 de la OIT convocado para el 23 de octubre del 2005 en tiempo récord y celebrado de forma simultánea a las elecciones para elegir legisladores nacionales. Este referéndum es inconstitucional ya que la provincia pretende disponer por ese mecanismo sobre la suerte de un derecho humano como el consagrado en las normas mencionadas (la propiedad comunitaria de las tierras de los pueblos originarios) al someterlo a mayorías electorales circunstanciales. Estas acciones del estado provincial motivaron que Lhaka Honhat promoviera distintas actuaciones: por un lado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación intentó una acción originaria declarativa de certeza para paralizar la convocatoria al referéndum, dado su carácter contrario a la Constitución. El 28 de septiembre de 2005 la Corte emitió un fallo declarándose incompetente para entender en el asunto. El único voto en disidencia fue el del Ministro Eugenio Zaffaroni, quien al igual que el Procurador General de la Nación en su dictamen, sostuvo que la cuestión planteada era de competencia originaria de la Corte.⁹¹

Por otra parte, rota la instancia de solución amistosa ante la Comisión Interamericana, la misma decidió continuar con el procedimiento declarando la admisibilidad del caso para su resolución ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el informe de admisibilidad, la Comisión sostuvo que «los hechos denunciados por los peticionarios sobre la falta de implementación de una política de demarcación y titulación de las tierras por parte de la provincia de Salta, a través de una forma legal respetuosa de la forma de vida de las comunidades,» y «la demora indebida en el pronunciamiento de una sentencia final» constituirían una violación a los derechos políticos y de propiedad, así como a las garantías judiciales protegidas por el sistema interamericano.⁹²

⁹¹ CSJN. Expdte. N.º A 1596/05 «Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción declarativa de certeza».

⁹² CIDH. Informe de Admisibilidad nro. 78/06 en el caso «Asociación Lhaka Honhat c/ Estado argentino», nro. 12.094.

Concluimos entonces que el artículo 75 inc. 17 y el Convenio 169/89 están subutilizados en sus posibilidades hermenéuticas y operan como un discurso frecuentemente sólo presente a través de su ausencia práctica, a la manera de una referencia velada o implícita, sintomática de la ambigüedad de la función de reconocimiento constitucional de los derechos que surgen de la preexistencia étnica y cultural de las comunidades. Pero nuestra referencia a estos hechos y a este fallo de la Corte es solamente a título ejemplificativo y preparatorio para una serie de reflexiones que es necesario hacer sobre esta cuestión.

Función de reconocimiento constitucional y paradigma jurídico

El reconocimiento marca sin duda un avance en el texto constitucional, que como veremos abre posibilidades hermenéuticas muy importantes asumiendo el punto de vista de los derechos de las comunidades originarias, pero mientras tanto, prácticas constitucionales como las que en general hemos reseñado y en especial, las del caso que tomamos como ejemplo, denuncian una serie de inercias vinculadas a cuestiones, que a la manera de Michel Foucault, vamos a denominar *de poder y de saber*, aspectos inseparables, salvo a fines expositivos. Veamos: en cuanto a lo primero, las cuestiones de poder, es evidente que la cultura jurídico política hegemónica y operante, — más allá de la inclusión del 75 inc. 17 y la ratificación del 169 OIT—, que tanto en Argentina, como en el resto de América Latina, se impone con la colonización y luego se prolonga con la independencia es la del monismo jurídico estatal, donde el estado se arroga el monopolio de la creación y de la aplicación del derecho. La jerarquía de las fuentes del derecho reconocidas es vista como monopolio del poder estatal que le permite también estructurar un orden jurídico.

La creación del estado se asoció a la idea de Nación, que reconoce apenas la existencia de una cultura nacional, la igualdad de derechos de todos indistintamente, sin tener en cuenta las diferencias entre etnias y culturas existentes. Es decir que en esta perspectiva absoluta y asfixiantemente dominante «el estado es el único agente capaz de crear legalidad para encuadrar las formas de relaciones sociales» (Wolkmer, 2006: 57).

En este contexto *el reconocimiento* realizado por el constituyente de 1994 (y no por el legislador pese a la mala técnica legislativa de ubicación del artículo 75 inc. 17, ni por el constituyente de las provincias pese a la mala técnica de redacción de algunas de las reformas constitucionales provinciales que pretenden adecuarse al nuevo texto de la «carta máxima» nacional), juega por ahora un papel ambiguo.

En efecto, el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural remite, para nosotros, al *hecho del pluralismo jurídico*⁹³ dimanante de la preexistencia étnica y cultural que finalmente se cuela «por la ventana» en el discurso constitucional y que es definitorio del carácter del sujeto colectivo de los derechos reconocidos como vimos al principio de este trabajo. *El pluralismo jurídico es una postura que reconoce el hecho de la coexistencia de múltiples campos jurídicos en un mismo tiempo y espacio y que por lo tanto analiza prácticas sociales en las que conviven y chocan campos jurídicos estatales y no estatales.*

Pero en el marco de la persistencia del paradigma jurídico⁹⁴ monista estatalista y monocultural, el reconocimiento supone una fuerte asimetría de la relación entre estado reconocedor y comunidades reconocidas. El reconocimiento en el paradigma dominante es una función más que se viene a sumar a las de creación y aplicación del derecho estatal, en *el mejor de los casos se reconocen e integran selectivamente algunos aspectos de lo cultura, instituciones y derecho consuetudinario de las comunidades*. La función de reconocimiento implica en el marco de este paradigma, *la capacidad de decidir sobre los alcances, grados y aspectos de la validez y aplicabilidad del derecho indígena, es decir de afectar la eficacia de dicho derecho.*

De esta forma, la realidad de la «función de reconocimiento constitucional» toma un aspecto más que ambiguo y se explican algunos

⁹³ Cf. García Villegas, Rodríguez, 2003, p. 23. Asimismo, sobre la morfología y actores de los campos jurídicos, ver Bourdieu, 2000, pp. 175 y ss.

⁹⁴ El análisis de los paradigmas jurídicos implica problematizar «los nexos de sentido que permanecen latentes [...] y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales». Cf. Habermas, 1998, p. 470.

de los hechos que reseñamos más arriba, tanto en general, como a propósito del caso de la comunidad Lhaka Honhat. Hay que tener en cuenta que sentencias como las de la CSJN «Hoktek T´Oi» y «Lhaka Honhat» son la punta visible de un iceberg de prácticas judiciales y estatales que, encuadradas en el paradigma, nos muestran el «derecho en acción» tanto sustancial como adjetivo a la hora de la práctica constitucional del reconocimiento. Y es de presumir que existen muchos casos similares que ni siquiera llegan a los tribunales superiores provinciales.

Cuando el estado provincial salteño decide hacer adjudicaciones parciales a personas privadas de la tierra comunitaria, o cuando toma como interlocutores a los efectos de la partición de dicha tierra a otras comunidades, a las que constituye, al interpelarlas, como sujetos con expectativas jurídicas, manipulando y dividiendo de esta forma la base social indígena, está produciendo los siguientes efectos de poder: por una parte se refuerza la ficción⁹⁵ de la igualdad jurídica: entre la comunidad que viene reclamando hace veinte años y los nuevos sujetos puestos en condición de igualdad de expectativas por el gobierno y la justicia provinciales.

Así también, en el acto procesal de citar por edictos a miembros de comunidades rurales y analfabetos, se refuerza la ficción que presume al derecho conocido y la realidad de opacidad del derecho y sistema judicial para vastos sectores sociales.

Por otra parte, *le quita a las comunidades que se integran en la Asociación Lhaka Honhat la posibilidad de tener un «nombre propio», de definir su identidad*, toda vez, que como vimos, ella es indisociable del control colectivo y del arraigo sobre la tierra ancestral. Lo mismo cuando a los efectos de ser reconocida como interlocutora y reclamante en sede administrativa o judicial se la obliga a adoptar la forma jurídica de asociación civil, sin tener en cuenta sus formas de organización, como por ejemplo, el consejo de caciques. Esa capacidad de nombrar, interpelar, constituir como sujeto a los efectos de la discusión jurídica de sus derechos a las comunidades indígenas, es también un efecto ambiguo de la práctica de reconocimiento constitucional en el marco del paradigma.⁹⁶

⁹⁵ Sobre el rol que desempeñan las ficciones en el derecho, ver las obras de Marí, 1994.

⁹⁶ Sobre la función de interpelación y constitución de sujetos en el discurso jurídico, ver Ruiz, 2006, pp. 132-133.

Todas estas prácticas de nominación, interpelación selectiva e imposición de ficciones jurídicas operativas a las comunidades, actúan como una barrera cultural formidable para el ejercicio de sus derechos, producto de la asimetría de poder entre estado reconocedor y comunidades reconocidas en el marco del paradigma jurídico dominante. Se configura también en el caso de Argentina, la situación que Carlos Federico Marés de Souza Filho atribuye a Brasil y en general, a América Latina:

El estado, amparado en el principio de la soberanía estatal no acepta la convivencia en el mismo territorio de diferentes sistemas jurídicos, elaborando normas y conceptos para someter a las poblaciones indígenas a su ley, sin respetar la diversidad cultural, social y jurídica de los pueblos americanos. (Souza Filho, 2003: 93-94)

En cuanto al *saber*, tiene que ver con cómo se construye un régimen de verdad o más concretamente el conocimiento en la formación de los operadores jurídicos que vehiculizan el paradigma monista y monocultural, se trata de

la casi total hegemonía del derecho estatal, y en general de las concepciones jurídicas tributarias del positivismo y del formalismo, en el mecanismo principal de reproducción simbólica del derecho, es decir, de la enseñanza en las facultades de derecho. La hegemonía de esta aproximación provoca lo que podríamos denominar un «punto ciego» de observación: el predominio de las categorías jurídicas estatales en la demarcación de aquello que es o no es derecho [...] implica casi automáticamente la imposibilidad de tematizar en términos jurídicos el fenómeno de la pluralidad de modo significativo. (Courtis, 2003: 79)

Podemos describir junto con Oscar Correas las consecuencias de este «punto ciego» de los juristas desde el paradigma monista y monoculturalista:

Casi con seguridad habrá un sector mayoritario de juristas, «estadistas monistas», que propondrán la clásica fórmula que

consiste en aceptar la costumbre siempre que no atente contra el orden jurídico, dominante, agreguemos nosotros. Conforme con esta ideología, *la ley deberá decir que se aplicarán las costumbres indígenas siempre y cuando no atenten contra el orden recognoscente.* (1994: 107)

Por una hermenéutica alternativa del artículo 75 inc. 17 CN

Es necesario realizar una apertura hermenéutica de la mencionada norma y las que con ella forman red. Para ello, el primer paso es *el reconocimiento expreso del hecho del pluralismo jurídico*. Si, como vimos, en la definición del peculiar sujeto de estos derechos de incidencia colectiva no puede distinguirse entre su preexistencia al estado nacional, su vinculación con la tierra ancestral como elemento de continuidad de su cultura y sus instituciones, no puede escindirse entonces estos aspectos de la eficacia y vigencia de su derecho consuetudinario. Como sostienen Quiroga Lavie, Benedetti y Cenicacelaya, «receptar el derecho a la identidad es reconocer el derecho consuetudinario que, por tanto, no debe ser legislado por el estado. Esto trae enormes consecuencias al momento de la creación normativa y su aplicación por parte de las ‘autoridades’ indígenas» (Quiroga Lavié, 2001: 331). Así lo reconoce el Convenio OIT 169 con el sólo límite de compatibilidad con los derechos fundamentales definidos por el derecho nacional e internacional (art. 8.2).

Una vez reconocido el hecho del pluralismo jurídico es posible desplegar la potencia hermenéutica del artículo 75 inc. 17 a la hora de interpretar los derechos de las comunidades, así como de plantear otra forma de relación con el derecho estatal. Mucho más entonces que de remover los obstáculos de hecho que impiden la igualdad sustancial, en el caso de los pueblos originarios se trata de *reconocer su alteridad*.

Como lo plantea Jesús Antonio de la Torre Rangel (De La Torre Rangel, 2003: 46), el reconocimiento jurídico de la identidad de los pueblos originarios que incluye su propio derecho consuetudinario, es decir, su derecho a tener y ejercer derechos, debe recurrir al método analéctico.

La interpretación se construye por medio de analogías. Construir derecho para reconocer derechos, requiere de un analogado princi-

pal: aquel sujeto que individual o colectivamente es *Otro*. Otro al que se le debe reconocimiento de su igual dignidad. Dignidad igual pero fundada en su ser diferente:

El primer momento será reconocer la desigualdad de los desiguales, y a partir de ahí vendrá el reconocimiento pleno no ya del desigual, sino del distinto portador de la justicia en cuanto Otro. El derecho perderá así su generalidad, su abstracción y su impersonalidad. El rostro del Otro como clase alienada [...] que provoca a la justicia, romperá la generalidad al manifestarse como distinto, desplazará la abstracción por la justicia concreta que reclama y superará la impersonalidad porque su manifestación es revelación del hombre con toda su dignidad personal que le otorga ser precisamente el Otro. (De La Torre Rangel, 2003: 47)

Algo similar nos plantea Juan Antonio Travieso (1996: 169) como criterio que debería guiar la interpretación, el derecho a la singularidad es *«el derecho a la existencia cultural alterna. Los derechos de los pueblos indígenas, pues, están reflejando la singularidad de la biodiversidad humana que plantea dramáticamente el derecho a la diferencia»*.

Por lo tanto reconocer la identidad de los pueblos indígenas a la hora de interpretar sus derechos es situar la actividad interpretativa en un marco relacional de interculturalidad e interlegalidad. Supone asumir que nuestra cultura y nuestro derecho, adoptados de la tradición europea occidental, son *incompletos*, en un primer sentido trivial, porque no agotan ni las identidades, ni las relaciones, ni las prácticas sociales y jurídicas en el territorio nacional. Allí están esas comunidades que son reconocidas como preexistentes al propio estado. En un sentido más profundo, porque nuestra cultura y nuestro derecho, *no agotan las concepciones de dignidad humana ni de justicia posibles*.

Como lo explica Boaventura de Souza Santos (2002: 199 y ss), *todas las culturas tienen debilidades a la hora de ser confrontadas con una concepción no etnocéntrica ni reduccionista de los derechos humanos. Al mismo tiempo, todas las culturas, aunque no los denominen «derechos» (que es un significativo occidental), tienen tópicos de dignidad humana*. El diálogo intercultural debe tender a reconocer recíprocamente tales debilidades para limitarlas en la mayor medida posible y tales fortalezas para potenciarlas. De ahí la propuesta de

una *hermenéutica diatópica* que es la forma de concretar ese trabajo de analogía propuesto por De la Torre Rangel. La analogía entre identidades iguales en dignidad pero diferentes, se produce entre prácticas y concepciones de dignidad humana.

Lo incompleto de nuestra concepción occidental de los derechos humanos, se visualiza mejor desde los tópicos de dignidad humana de las otras culturas. De hecho, tenemos mucho que aprender de los pueblos originarios de Argentina y América en términos de relación con la naturaleza no apropiadora, extractiva ni instrumental, así como en términos de una revalorización de lo comunitario. La civilización construida sobre la base de la dominación e instrumentalización de la naturaleza desde un individualismo agresivo, competitivo y posesivo muestra síntomas de agotamiento cada vez más evidentes.

La supervivencia de las comunidades originarias en el contexto histórico hostil que les ha tocado sufrir desde hace más de cinco siglos, y que aún no ha cesado, se debe, entre otras causas a la continuidad de su vínculo con la tierra y la naturaleza, algo de lo que debemos tomar nota en términos de solidaridad intergeneracional en la satisfacción de las necesidades humanas. De ahí que los principios de desarrollo humano, solidaridad intergeneracional, medio ambiente sano y apto para la vida en común presente y futura (arts. 41, 75 inc. 19 CN), tienen respectividad hermenéutica, forman red conceptual con el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios que, como vimos son indisociables de sus identidades y prácticas. En esas identidades y prácticas entre otros tópicos de dignidad, encontramos desde siempre otra forma de relación con la naturaleza y su continuidad para las generaciones.

Estas pautas hermenéuticas son guías fundamentales a la hora de interpretar y desplegar todas las posibilidades del mandato del constituyente plasmado en el 75 inc. 17, reconociendo el hecho del pluralismo jurídico existente en la sociedad argentina, que es el mejor modo de empezar a desandar la —en el mejor de los casos discriminatoria, y claramente genocida en el largo plazo histórico—, práctica del estado argentino frente a las comunidades originarias que habitan su territorio.

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, Pre-textos, 1998.
- Albanese, Susana, «El sistema regional americano de derechos humanos», en: Albanese, Dalla Via, Gargarella, Hernández y Sabsay, *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004.
- Aristóteles, *Política*. Madrid, Alianza, 1986.
- Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos. Informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el periodo 2003-2004*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- Ballanche, Pierre Simon, «Formule générale de tous les peuples appliquée a l'histoire de peuple Romain», *Revue de Paris*, septiembre 1830, en: Ranciere, Jacques, *El Desacuerdo. Política y filosofía*. Buenos Aires, Nueva Visión, 1996.
- Barcellona, Pietro, y Cotturri, Giuseppe, *El estado y los juristas*. Barcelona, Fontanella, 1976.
- Barcellona, Pietro, *El individualismo propietario*. Madrid, Trotta, 1994.
- Barrere Unzueta, Miguel Angel, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*. Madrid, Tecnos, 1990.
- Bertín, Hugo y Corbetta, Juan Carlos, *La noción de legitimidad en el concepto de lo político de Carl Schmitt*. Buenos Aires, Struhart, 1997.
- Bidart Campos, *Manual de la constitución reformada*. Tomo 1, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Bobbio, Norberto, «Prólogo», en: Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, Trotta, 1995.
- Boltanski, Luc y Chiapello, Eve, *El nuevo espíritu del capitalismo*. Madrid, Akal, 2002.

- Bourdieu, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- Brugué, Quim y Jarque, Marina, «Planes estratégicos y redes locales participativas: entre el discurso y la práctica», en: Blanco, Ismael y Gomá, Ricard (coordinadores) *Gobiernos locales y redes participativas*. Barcelona, Ariel, 2002.
- Cabannes, Yves, *Información de las ciudades. Estudio Financiamiento Local y Presupuesto Participativo*. Prefectura Municipal de Porto Alegre, PGU (UN –Habitat–), 2003.
- Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*. Madrid, Trotta, 1999.
- — — *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid, Trotta, 1999.
- — — *Los ciudadanos siervos*. Madrid, Trotta, 1993.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- — — *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires, Siglo XXI de Argentina, 2008.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Admisibilidad nro. 78/06 en el caso «Asociación Lhaka Honhat c/ Estado argentino», nro. 12.094.
- Conferencia Europea de las Ciudades por los Derechos Humanos. Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad. Dada en Saint Denis, el 18 de Mayo del 2000. Define el derecho a la ciudad en su Parte 1. Disposiciones generales, artículo 1.
- Constitución Nacional Argentina.
- Correas, Oscar, «Derecho indígena y cultura jurídica dominante de los jueces». En: *Jueces para la democracia. Información y debate*, N° 22, febrero de 1994, Madrid.
- — — «Kelsen y Gramsci o de la eficacia como signo de hegemonía», en: *Crítica Jurídica*, N° 10, México, 1992.
- — — «La propiedad y las comunidades indígenas en México». Ponencia presentada al VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Octubre 2006, La Plata.
- Courtis, Christian, «Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano», en: García Villegas, Mauricio y Rodríguez, Cesar A. (editores), *Derecho y sociedad en America Latina: 2003*. CSJN. Expdte. N.º A 1596/05 «Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción declarativa de certeza».

- CSJN. Expdte: A.182. XXXVII. Cit. Cf. Considerandos 1 y 3 Dictamen del Procurador General de la Nación.
- CSJN. Expdte: A.182.XXXVII. Recurso de hecho. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta, 15 de junio de 2004.
- D'Auría, Aníbal, *Análisis político. Poder, derecho y democracia*. Buenos Aires, La Ley, 2004.
- De Gouges, Olympe, *Declaración de los Derechos de la Mujer y Ciudadana*. <www.cimacnoticias.com>. Consulta: 31 de julio de 2007.
- De La Torre Rangel, Jesús, *El derecho a tener derechos. Ensayo sobre derechos humanos en México*. Aguascalientes, Centro de Investigación y Estudios Multidisciplinarios de Aguascalientes, 2003.
- De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia-Instituto de Servicios Legales Alternativos, ILSA, 2002.
- *Towards a new common sense. Law, Science and Politics in the paradigmatic transition*. New York, Routledge, 1995.
- *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Vol.1: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003.
- Dean, Mitchell, *Critical and effective histories. Foucault's method and historical sociology*. London, Routledge, 1994.
- *Governmentality. Power and rule in modern society*. Londres, Sage, 1999.
- Declaración del Congreso Fundador de la Organización de Ciudades y Gobiernos Locales Unidos: «Ciudades, Gobiernos locales: el futuro del desarrollo» dada en París, el 5 de mayo de 2004, párrafo 22.
- Declaración del I Congreso Latinoamericano de Ciudades y Gobiernos Locales organizado por la Federación Latinoamericana de Municipios y Asociaciones de Gobiernos Locales: «Declaración de Santa Cruz de la Sierra», dada el 21 de abril de 2004, Introducción.
- Delanoy, Solange, Mack, Adriana, Rossi, Carlos, *De Platón a Schmitt. Un recorrido por la constitución*. Rosario, Universidad Nacional de Rosario Editora, 2006.
- Deleuze, Gilles, *Foucault*. Barcelona, Paidós, 1987.
- Entelman, Ricardo, «Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la pala-

- bra», en: Marí, Enrique y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- Erazo, Ximena, Fernández, Alfred, Jonquera, Alejandra, *La comuna y el derecho a la ciudad en la era de la globalización. Ciudad y derechos*. Santiago de Chile, Fondation Université d'été des droits de l'homme et du droit à l'éducation, 2004.
- Ewald, François, *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa, Vega, 2000.
- Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*. Madrid, Trotta, 2001.
- Fariñas Dulce, María José, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*. Madrid, Dykinson, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, «El derecho como sistema de garantías», en: *Jueces para la democracia. Información y debate*, N° 16/17, febrero/marzo de 1992, Madrid.
- — — «Pasado y futuro del estado de derecho», en: *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 17, Julio 2001, Madrid.
- — — «Per una sfera pubblica del mondo», en: *Teoria Politica*, Vol. XVII, N° 3, Roma, 2001, p. 14.
- — — *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, Trotta, 1995. Prólogo de Norberto Bobbio. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayon Mohimo, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés.
- — — *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi.
- — — *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- — — *Teoría assiomatizzata del diritto*. Parte Generale, Milán, Giufre, 1970.
- Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta, 1996.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (org.) *Direito e discurso. Discursos do direito*. Fundacao Boiteaux. Florianópolis, UFPR, 2006.
- Foro Social Mundial, Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, «Significado y Elementos del Derecho a la Ciudad», enero 2003.
- Font, Joan, Gomà, Ricard, «La participación ciudadana en la democracia local». Informe «España 2000», Madrid, Fundación Encuentro, 2000.
- Foucault, Michel, «Omnes et singulatim. Hacia una crítica de la razón política», en: *La vida de los hombres infames. Ensayos sobre*

- desviación y dominación*. Montevideo, Altamira-Nordan-Comunidad, 1993.
- *Genealogía del racismo*. Montevideo, Altamira-Nordan Comunidad, 1992.
- *Historia de la sexualidad I/ La voluntad de saber*. Madrid, Siglo XXI, 1998.
- *La arqueología del saber*. México, Siglo XXI, 1990.
- *Las redes del poder*. Buenos Aires, Almagesto, 1993.
- *Nascita della biopolitica*. Corso al Collège de France (1978-1979). Milano, Feltrinelli Editore, 2005.
- *Nietzche, Freud, Marx*. Buenos Aires, El Cielo por Asalto, 1987. Prólogo de Eduardo Grüner.
- *Nietzche, la genealogía, la historia*. Valencia, Pre-Textos, 2004.
- *Seguridad, territorio, población*, (Curso en el Collège de France. 1977-1978). Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- *Tecnologías del yo. Y otros textos afines*. Barcelona, Paidós, 1990.
- *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires, Siglo XXI, 1991.
- *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 1996.
- Fronidzi, Silvio, *El Estado Moderno*. Buenos Aires, Depalma, 1960.
- Galtung, Johan, *Direitos Humanos. Uma nova perspectiva*. Lisboa, Instituto Piaget, 1998.
- Ganuzza Fernández, Ernesto, «La democracia participativa: la experiencia de los presupuestos participativos en Córdoba», en: Villasante, Tomás R. y Garrido, Francisco Javier (coordinadores), *Metodologías y presupuestos participativos. Construyendo ciudadanía/3*. Madrid, IEPALA-CIMAS, 2002.
- Gaplan, Prefectura de Porto Alegre Apud. Kunrath Silva, Marcelo y Sacco Dos Anjos, Flavio, «El presupuesto participativo en Brasil: un abordaje crítico de la experiencia de Porto Alegre, RS», en: Ganuzza Fernández y Alvarez de Sotomayor, (coordinadores) *Democracia y presupuestos participativos*. Barcelona, Icaria, 2003.
- García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César E., *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Gargarella, Roberto, «Constitución y democracia», en: Albanese, Susana, Dallavia, Alberto, Gargarella, Roberto, Hernández, Antonio



- y Sabsay, Daniel, *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004.
- Genro, Tarso y Souza, Ubiratan, *Presupuestos Participativos*. Buenos Aires, CTA-EUDEBA, 1999.
- Gil Domínguez, Andrés, *Neonstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Gill, Stephen, «Gramsci and global politics. Towards a post-hegemonic agenda», en: Gill, Stephen. (editor), *Gramsci, historical materialism and international relations*. Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- — — «The emerging world order and european change», en: Miliband, Ralph y Panitch, Leo, (editores), *The new world order. Socialist Register*. London, Merlin Press, 1992.
- Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*. Buenos Aires, Depalma, 1973.
- Gómez Orfanel, Germán, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- Goyard-Fabre, Simone, *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Sao Paulo, Martins Fontes, 2002.
- Grey Figueroa, Carlos, Hinojosa, María Guadalupe, Egoávil, José Ventura, *Democratizando el presupuesto público. Presupuesto participativo: metodologías y herramientas al alcance*. Perú, CARE, 2003.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 1998.
- Hegel, G.W, «Filosofía del derecho», en: Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1997.
- Heller, Agnes, *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona, Península, 1998a.
- — — *Una revisión de la teoría de las necesidades*. Barcelona, Paidós, 1998b.
- Heller, Herman, *Teoría del estado*. México DF, FCE, 1985.
- Herrera Flores, Joaquín (editor), *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- — — *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Sevilla, Aconcagua, 2005.
- — — *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid, Catarata, 2005.

- — — *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*. Madrid, Tecnos, 1989.
- Hines, Colin, *Localization. A global manifesto*. London, Earthscan, 2000.
- Hinkelammert, Franz, «El proceso actual de globalización y los derechos humanos», en: Herrera Flores, Joaquín (editor), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- Justo López, Mario, *Introducción a los Estudios Políticos*, t.1. Buenos Aires, Desalma, 1983.
- Klein, Naomi, *No-logo. El poder de las marcas*. Barcelona, Paidós, 2001.
- Koselleck, Reynhard, *Futuro pasado*. Barcelona, Paidós, 1983.
- Kunrath Silva, Marcelo y Sacco Dos Anjos, Flavio, «El presupuesto participativo en Brasil: un abordaje crítico de la experiencia de Porto Alegre, RS», en: Ganuza Fernández y Álvarez de Sotomayor, (coordinadores), *Democracia y presupuestos participativos*. Barcelona, Icaria, 2003, p. 56.
- Lemke, Thomas, «Marx sin comillas: Foucault, la gubernamentalidad y la crítica del neoliberalismo», en: Lemke, T., Legrand, S., Le Blanc, G., Montag, W., Giacomelli, M.E, *Marx y Foucault*. Buenos Aires, Nueva Visión, 2006.
- Marazzi, Christian, *Il posto dei calzini*. Turín, Borati Bollingueri Editore, 1999. [Hay traducción al español. *El sitio de los calcetines*. Madrid, Akal].
- Marí, Enrique y otros, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*. Buenos Aires, Edicial, 1994.
- — — «El mito de la uniformidad semántica del derecho», en: Marí, Enrique y otros, *El discurso jurídico. Abordaje psicoanalítico y otros enfoques*. Buenos Aires, Hachette, 1982.
- — — «Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden», en: Marí, Enrique, *Papeles de filosofía*. Buenos Aires, Biblos, 1993.
- Marí, Enrique, Kelsen, Hans, Kozicki, Enrique, Legendre, Pierre, Ziperman, Arnoldo, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*. Buenos Aires, Edicial, 1994.
- Martín, Pedro, Montañes, Manuel y Gutiérrez, Virginia, «La planificación comunitaria. Teoría y experiencias», en: Blanco, Ismael y Gomá, Ricard (coordinadores), *Gobiernos locales y redes participativas*. Barcelona, Ariel, 2002.
- Marx, Karl, «Resultados del proceso inmediato de producción», en: *El capital*. Libro 1. Capítulo VI (inédito). México D.F, Siglo XXI, 2001.



- Mc Pherson, C.B., *La teoría política del individualismo posesivo*. Madrid, Trotta, 2006.
- Medici, Alejandro, «Legitimidad y legalidad en el paradigma garantista del estado de derecho», en: *Anales*, N° 36, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, 2005.
- Merlin Cleve, Clemerson, «A teoría constitucional e o direito alternativo, (Para una dogmática constitucional emancipatoria)». Seminario Uso Alternativo do Direito. Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, 1993. Traducción propia.
- Montaña Mora, Miguel, *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*. Madrid, Mc Graw-Hill, 1997.
- Morey, Miguel, «Introducción: la cuestión del método», en: Foucault, Michel, *Tecnologías del yo. Y otros textos afines*. Barcelona, Paidós, 1990.
- Naredo, José Manuel, «Sobre el origen, el uso y el contenido del término sostenible», en: *Herramienta. Revista de debate y crítica marxista*, N° 36, Buenos Aires, octubre, 2007.
- Navarro Yañez, Clemente, *El nuevo localismo. Municipio y democracia en la sociedad global*. Córdoba, Diputación de Córdoba, 1998.
- Negri, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid, Libertarias-Prodhuft, 1994.
- – – *Guide. Cinque lezioni su Impero e dintorni*. Milán, Raffaello Cortina Editore, 2003. [Hay traducción en español, *Guías*. Barcelona, Paidós].
- Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 1992.
- – – *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997.
- Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*. México D.F, Siglo XXI, 1981.
- Oliveira, Francisco, *Atas da Revolução: o orçamento participativo em São Paulo*. Mimeo. 2001. Traducción propia.
- Osborne y Gaebler, *Reinventing government. How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. New York, Penguin books, 1993. [Hay traducción al español: *La reinención del gobierno*. Paidós].
- Pateman, Carole, *The Sexual Contract*. Stanford, Stanford University Press, 1992.

- Perales Aretxe, Iosu, *Poder local y democracia participativa en América Latina*. Bogotá, Fundación Para la Investigación y la Cultura, 2004.
- PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2002: Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*. Ediciones Mundi-Prensa, 2002, <www.pnud.org>.
- Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel, Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001.
- Raffin, Marcelo S., «Como quedar bien con Dios y con el Diablo. Derechos humanos y teoría de la operatividad y programaticidad de las normas jurídicas», en: *Lecciones y ensayos*, N° 67/68, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.B.A., 1997.
- Rancière, Jacques, *El Desacuerdo. Política y filosofía*. Buenos Aires, Nueva Visión, 1996.
- — — *El odio a la democracia*. Buenos Aires, Amorrortu, 2006.
- — — *Los nombres de la historia. Una poética del saber*. Buenos Aires, Nueva Visión, 1993.
- — — *Políticas da escrita*. Río de Janeiro, Editora 34, 1995.
- Rosatti, Héctor Daniel, «Status constitucional de los pueblos indígenas argentinos», en: Rosatti, Barra, García Lema, Masnatta, Paixao y Quiroga Lavie, *La reforma de la constitución. Explicada por los miembros de la convención*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994.
- Rose, Nikolas, *Powers of freedom. Reframing political thought*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Ruiz, Alicia, «Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)», en: Mari, Enrique y otros, *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2006.
- Saavedra, Modesto, «Presentación desde Europa», en: Bueno de Carvalho, Amilton, De Carvalho, Salo (Orgs.), *Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2004.
- Sampay, Arturo Enrique, *Constitución y pueblo*. Buenos Aires, Cuenca Ediciones, 1973.
- Sánchez Rubio, David, «Límites y ambigüedades del concepto de democracia en América Latina», en: *Praxis*, N° 52, Costa Rica, Universidad Nacional de Heredia, 1997.
- Sánchez Viamonte, Carlos, *Las instituciones políticas en la historia universal. Evolución de las formas de gobierno y de los derechos*



- humanos hasta la república democrática de nuestro tiempo*. Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1962.
- Sánchez, Félix, *Orçamento Participativo. Teoria e prática*. Sao Paulo, Cortez Editora, 2002.
- Sané, Pierre, «A 50 años de la Declaración Universal», en: *Le Monde Diplomatique. Geopolítica del caos*. Madrid, Debate, 2001.
- Scarpelli, Uberto, *Diritto e analisi del linguaggio*. Milán, Di Comunità, 1976.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*. Madrid, Alianza, 1992.
- Simons, Jon, *Foucault & the political*. London, Routledge, 1995.
- Souza Filho, Federico Carlos Marés de, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, en: Wolkmer, Antonio Carlos, Morato Leite, José Rubens, *Os «novos» direitos no Brasil*. Sao Paulo, Saraiva, 2003.
- Travieso, Juan Antonio, *Los derechos humanos en la constitución de la República Argentina*. Buenos Aires, EUDEBA, 1996.
- Ugarte Pérez, Javier, «Las dos caras de la biopolítica», en: Ugarte Pérez, Javier (compilador), *La administración de la vida. Estudios biopolíticos*. Barcelona, Anthropos, 2005.
- Vázquez García, Francisco, «Empresarios de nosotros mismos. Biopolítica, mercado y soberanía en la gubernamentalidad neoliberal», en: Ugarte Pérez, Javier (compilador) *La administración de la vida. Estudios biopolíticos*. Barcelona, Anthropos, 2005.
- Virno, Paolo, «Diez tesis sobre la multitud y el capitalismo postfordista», en: Virno, Paolo, *Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*. Buenos Aires, Colihue, 2003.
- Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. Sevilla, MAD, 2006.



Este libro se terminó de imprimir
en el mes de marzo de 2011.

El malestar en la cultura jurídica busca hacer un aporte a una lectura sintomática desde la teoría crítica, de la distancia que existe entre las declaraciones de derechos y objetivos de desarrollo humano proclamados y la realidad de unas sociedades cada vez más injustas, inviables y fragmentadas.

La teoría tradicional cae respecto a los derechos en la triple trampa de la trascendencia, descontextualización y formalización. Al comenzar a trabajar los derechos humanos desde su reconocimiento jurídico, se aceptan explícita o implícitamente los fundamentos liberales de los mismos que, resultan insuficientes y contradictorios con sus proclamadas universalidad, interdependencia e indivisibilidad.

La crítica al referirse a las luchas sociales, coloca al derecho en su justo lugar. No al principio, sino al final, como momento institucional y garantizador, producto y marco de un conflicto por la dignidad y el valor humanos.

Hay que hacer emerger el “inconsciente político” del derecho y los derechos humanos, plantear alternativas de políticas en ese campo, como pequeña contribución a una necesaria renovación de los estudios del Derecho Político, desde la democracia y la ciudadanía.



ISBN 978-950-34-0703-5



9 789503 407035