

Algunos Retos para la Filosofía Jurídica en América Latina

Norman José Solórzano Alfaro

Resumen: En un contexto de “transición paradigmática” como el actual, el derecho y su imaginación enfrentan nuevos problemas. Estos son desafíos que le impone la conciencia de la diferencia, que se establece en el nivel de las *condiciones socio-históricas* de su producción y vigencia. Se trata, pues, en particular para la filosofía del derecho, del reto/apuesta por la reconstitución de la imaginación jurídica misma, para intentar superar los esquemas de la matriz cultural en que se ha desarrollado. Por tal motivo, esos desafíos provienen, principalmente, de las *visiones* del pluralismo jurídico, de interculturalidad, de equidad de género, del desarrollo etario, de la ecología, etc., y plantean tareas inminentes frente a los fenómenos de un mundo global-plural, del neo-imperialismo unilateralista, del rompimiento de las relaciones sociales en términos civiles/políticos, de la destrucción ecológica que nos enfrenta a los denominados *peligros ontológicos*, de las transformaciones libidinales, etc. En ese sentido, en el presente ensayo, se busca aportar algún insumo al proceso de elucidación de lo que podemos denominar el *contexto material de producción del derecho*, sobre todo de lo que podemos denominar las *condiciones epistemológicas* en que se realiza tal producción jurídica. Asimismo, de manera específica, a cuenta de aportar algunas consideraciones en torno a las relaciones entre *derecho y democracia*, se discuten dos aspectos apremiantes para la conciencia jurídica contemporánea: *la crítica de la Justicia* y los problemas de una (pretendida) *constitución global* en tiempos del neo-imperialismo global.

Resumo: Em um contexto de “transição paradigmática” como o atual, o direito e sua imaginação enfrentam novos problemas. Estes são desafios impostos pela consciência da diferença que se estabelece no contexto das *condições sócio-históricas* de sua produção e vigência. Trata-se, pois, em particular para a filosofia do direito, da aposta pela reconstituição da própria imaginação jurídica, para tentar superar os esquemas da matriz cultural em que foram desenvolvidos. Por tal motivo, esses desafios provém principalmente das *visões* do pluralismo jurídico, da interculturalidade, da equidade de gênero, do desenvolvimento etário, da ecologia, etc., e propõe tarefas urgentes frente aos fenômenos de um mundo global-plural, do neo-imperialismo unilateralista, do rompimento das relações sociais em termos civis/políticos, da destruição ecológica que nos enfrenta aos denominados *perigos ontológicos*, etc. Nesse sentido, no presente ensaio busca-se aportar algum insumo ao processo de elucidação do que podemos denominar *contexto material de produção do direito*, sobretudo o que podemos denominar de *condições epistemológicas* nas quais se realiza tal produção jurídica. De maneira específica, tendo em vista aportar algumas considerações em torno das relações entre *direito e democracia*, discutem-se dois aspectos para a consciência jurídica contemporânea: *a crítica da Justiça e os problemas de uma (pretensa) constituição global* dos tempos de neo-imperialismo global.

Abstract: In a context of “paradigmatic transition” as of today, the Law and its imagination face new problems. These are challenges imposed by consciously perceiving the difference that establishes itself in the social-historical contextual conditions of its production and validity. It is so, particularly to the Philosophy of Law, in the betting for the reconstitution of juridical imagination itself, to try and overcome the cultural matrix schemes in which they were developed. For this reason, these challenges come mainly from the visions of a juridical pluralism, from interculturality, from the

gender equity, age development, ecology, etc., and proposes urgent tasks to face the phenomena of a global-plural world, unilateralist neo-imperialism, of the breaking up of social relations in civil-political terms, of the ecological destruction that faces us in the called ontological dangers, etc. In this sense the present essay, seeks linking some input to the process of elucidating what we can call material context of Law production, above all what is called epistemologic conditions, in which such juridical production is made. In a very specific manner, having to make some considerations around the relationship between Law and Democracy, two aspects on this contemporaneous juridical conscience are discussed: Justice criticism and the problems of an alleged global constitution in the times of global neo-imperialism.

Palabras Liminares¹

Agradezco a la Maestría en Administración de Justicia la oportunidad de compartir estas reflexiones, que en el contexto académico en que nos encontramos se constituye en eje principal de su accionar. Asimismo, sirvan estas palabras iniciales para intentar enfocar y ubicar las palabras que compartiremos.

En primer lugar, el talante con el cual presentamos estas reflexiones es la de una genuina *ex-posición*, es decir, las cosas que se dirán quedan expuestas a la revisión, ampliación y corrección, por múltiples y diversas miradas, pues son asumidas como dichas desde una parcialidad y provisionalidad; lo anterior tanto como actitud pedagógica y metodológica cuanto como criterio epistemológico que apunta al desarrollo de la investigación y la transformación del conocimiento.

En segundo lugar, la pretensión, amén de enriquecernos con el intercambio recíproco, es la de participar en el libre juego de la imaginación de los espacios de nuestra realidad. Por eso, desde la precariedad que impone nuestra condición contingente, que es a su vez nuestra potencia y riqueza, solo pretendemos ofrecer un esquema, en fase interrogativa y heurística, sobre algunas líneas de reflexión, investigación y acción, respecto del derecho y su *imaginación*.²

En tercer lugar, si vamos a hablar de los retos para la Filosofía jurídica, éstos corren parejo y son correlativos a los retos mismos del derecho en América Latina; esto supone el postulado de que el objeto condiciona la mirada, pero, a la vez, en la medida

¹ Conferencia leída en el contexto de la Maestría en Administración de Justicia, de la Universidad Nacional, Heredia de Costa Rica, el 10 de abril de 2003.

² Partimos de la idea de que el derecho se ve potenciado, realizado y mantenido por una *imaginación jurídica*, entendida como la disposición crítico-constructiva de una reflexión permanente sobre lo jurídico. Asimismo, esta *ideafigura* de "*imaginación*" es tomada siguiendo la sugerencia de Mills, Charles Wright (1993), *La imaginación sociológica*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, y tiene una correspondencia con la "fantasía creadora" de Ooestano, Riccardo (1997), *Introducción al estudio del derecho romano*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, pp. 451-456. En un sentido similar, para Morin, Edgar (1995), *Sociología*, Tecnos, Madrid, para quien "[l]a imaginaciones, para hablar en propiedad, el espíritu de hipótesis, en el sentido fuerte del término, que es el manantial de ideas, y no en el sentido débil, que es la desconfianza ante la idea", p. 62.

que la mirada construye y es constitutiva de ese objeto, no se puede hablar de uno o de otra con independencia o abstracción recíproca. Es decir, en las reflexiones siguientes no solo *no* tenemos escrúpulos disciplinarios, por lo cual hablaremos ora de la filosofía en cuanto mirada, ora del derecho en cuanto objeto mirado, sin reparar en distinciones escolásticas, que tienen su mayor virtud en sede analítica, pero que intentamos diferir a otros momentos, sino que tampoco tenemos una pretensión sistemática, por lo cual iremos intercalando elementos diversos (diagnosis, prospectiva, etc.) según las oportunidades que el desarrollo del discurso nos facilite.

Dicho esto, no se busque en estas palabras una conclusión, más que la que el alto en el camino nos ofrezca, momentánea y provisionalmente, como punto para nuevas caminadas... Siendo así, veamos que se ofrece.

Intuiciones de Partida

1. El viejo orden feudal, con su estructura estamental, aparecía basado (justificado como "*natural*") en las desigualdades que él mismo producía. De ahí que el gran reto o desafío de la modernidad, particularmente álgido y consciente para la Ilustración (para mencionar uno solo de los momentos), fuera el de enfrentar esa desigualdad (régimen de desigualdades) que se había institucionalizado y adquirido carta de naturaleza.

El ataque vino desde diversos frentes, por ejemplo: de la física, con la postulación del principio de causalidad, que supone la idea de igualdad "≡" (Galileo) y que diera paso a la doctrina leibniziana de la "causa eficiente"; posteriormente la ideación de un espacio homogéneo e isótropo, propicio para la mecánica newtoniana del movimiento inercial, rectilíneo y uniforme; de la metafísica con la ideación de un sistema de individualidades equivalentes y equidistantes (las mónadas de Leibniz), etc.

De ahí que la implicación para el derecho en aquel proceso de transformación paradigmática también estuviera marcada por el designio igualitarista; pero un igualitarismo que se establecía en el nivel de las condiciones formales de ese mismo derecho (lo que más tarde derivaría en el formalismo positivista). Mas el designio igualitarista de la modernidad, inmediatamente ensamblado con el individualismo y funcional a la lógica propietaria³ del orden que establecía su hegemonía deviene en *igualdad formal*, y ésta sólo puede ser predicada de un sujeto igualmente formalizado, de *sujetos abstractos*, sin necesidades, por ende, fuera de la contingencia. La vía para la "ficción del sujeto", de la persona jurídica, quedaba, así, realizada.

³ Véase Barcellona, Pietro (1996), *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid.

Que esto haya sido de esta manera, que la pretensión de igualdad solo alcanzara esas *condiciones formales*,⁴ aparece dispuesto por las exigencias de la burguesía y su modo de producción capitalista, que había encontrado en la libertad contractual el dispositivo idóneo no solo para el proceso de acumulación que impulsaba, sino para el diseño social al que aspiraba.

Esta libertad contractual es un producto de la ideología jurídica, que en la Baja Edad Media es generada por los ideólogos jurídicos de la burguesía (en el tanto la situación no cambia mucho en la modernidad occidental, también decimos que la ideología jurídica moderna occidental es ideología burguesa). También, su historia es la historia de la lucha de los comerciantes medievales por romper los límites del orden feudal: primero en un enfrentamiento con el derecho feudal que era contrario al comercio, por lo cual, cuando los comerciantes aumentaron en número y poder, sus ideólogos jurídicos tuvieron que buscar un espacio para el comercio en el derecho feudal; posteriormente, habida cuenta de la insuficiencia y hostilidad de ese derecho feudal a las actividades comerciales, lo cual beneficiaba a los detentadores del poder feudal, llega el momento de la ruptura y el intento de generar un derecho propio para los comerciantes, con sus leyes y tribunales específicos. Fue así como "*el proceso de la legislación burguesa vio la creación y la aplicación de normas legales específicas sobre los contratos, la propiedad, y los procedimientos judiciales; esas normas legales se dictaron conforme a un contexto de ideología jurídica que identificaba la libertad de acción de los empresarios con el derecho natural y con la razón natural*".⁵

En todo caso, es lo cierto que el derecho ya había probado reiteradamente (desde los romanos, pasando por el Sacro Imperio y hasta el absolutismo monárquico) ser un instrumento útil para la administración y el gobierno, para el control y la conformación social. Asimismo, el derecho había demostrado ser un potente generador de *ideología de aceptación*⁶ y conformación del sistema social⁷ a través de la producción de una ideología jurídica altamente sofisticada y con pretensiones de

⁴ Esta es la vía que ha llevado al derecho a abdicar y prescindir del "saber social" (cfr., Santos, Boaventura de Sousa (2000), *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, Sao Pablo, Cortez, 2º ed.), derivando cada vez más en una actitud/tendencia de abstracción abstractizante (cfr., M. Miaille, *Une introduction critique au Droit*, Francois Maspero, París, 1982) o de una "abstracción generalizadora" (cfr. Barcellona, Pietro et al. *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Madrid, Civitas, 1988).

⁵ Cfr., Tigar, Michel E., Levy, Madeleine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, S. XXI, México, 1978, p. 19.

⁶ Véase Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2º ed, 1999.

⁷ No hablemos ahora del acumulado de saber social que el derecho (aquí, en sentido indiferenciado) había generado y ensayado en su larga tradición, pues este será uno de los lugares por los que, en la modernidad, habida una especie de *abdicación de saber*, el derecho tiende a perder pertinencia y se ve más amenazado a desvanecerse en la insignificancia.

universalidad y generalidad.⁸ Esta condición del derecho moderno burgués occidental es su gloria pero también su límite, paradoja que aparece claramente ilustrada en la historia del “paleopositivista principio de legalidad” (Ferrajoli), cuya suerte describe hoy la “crisis”, la “miseria” o el “malestar” del derecho, más propiamente el “malestar” de nuestros pueblos con este derecho burgués.

Téngase presente que el marco categorial de este derecho burgués constriñe los reclamos de las diversas luchas sociales por emancipación en un proceso de *homogeneización-superposición-transformación*, al punto que no solo termina por invisibilizar a los sujetos sociales que pugnan en esas luchas sociales, sino que tiende al desarraigo de la producción jurídica, en general, de su contexto de realidad. Por eso, por ejemplo, las reivindicaciones de las luchas obreras, una vez formalizadas jurídicamente, terminan por inscribirse en el dinamismo de la subordinación que establece la misma legalidad burguesa. En el mismo predicamento quedan atrapadas las reivindicaciones feministas, interraciales, interétnicas, etc., cuando exclusivamente se repara en el reconocimiento normativo formal (positivación) como meta y no como parte de un proceso, que requiere de muchos otros componentes y de una continua (y continuada) lucha para sostener tales derechos, habida cuenta de su reversibilidad histórica.

2. Actualmente, en un nuevo contexto de “transición paradigmática” (SANTOS, 2000), el derecho y su imaginación enfrentan nuevos problemas, pero esta vez son desafíos que le impone la conciencia de la diferencia, pero una diferencia que se establece en el nivel de las *condiciones socio-históricas* de su producción y vigencia. Se trata, en particular para la filosofía del derecho, del reto/apuesta por la reconstitución del pensamiento, de la imaginación jurídica misma, para intentar superar los esquemas de la matriz cultural que ha venido a ser hegemónica en los últimos dos siglos y poco más.⁹ Apuesta que solo se puede asumir desde una *visión compleja*, que permita

⁸ “A diferencia de los modos de pensamiento no occidentales, la burguesía de los primeros tiempos creía que el detalle minucioso de las formas de funcionamiento de la ley constituía la esencia de la equidad, la seguridad personal y la libertad. El deseo de que el derecho fuera predecible, y de que hubiera medios formales para asegurarlo, había sido un elemento del derecho romano desde el siglo II a. C., (...). Era el momento en que la hegemonía comercial de Roma quedaba asegurada, y el comercio del Imperio requería estabilidad.// La construcción de sistemas [de derecho: *njsa*] como mecanismo de protección se adecua bien al progreso de los intereses burgueses (...) [Empero: *njsa*] la construcción de sistemas de este tipo no resulta esencial para asegurar la libertad personal, salvo en la forma específica de la libertad que comprenden el derecho contractual y comercial burgués occidental y sus relaciones de propiedad” (cfr., Tigar y Levy, 1978, pp. 259-260).

⁹ El paradigma moderno de la teoría del derecho (siglos XIX-XX), que tiene en la versión kelseniana su máxima expresión, está basado, de conformidad con una racionalidad instrumental, sistemática y positivista, en la secuencia *Estado* ® *derecho* y en una consideración del derecho como *exclusivamente* de carácter *regulador* y que parece abdicar de (o, al menos, minimizar) su dimensión *emancipadora*.

evidenciar y someter a crítica las tendencias predominantes en la producción/conformación socio-histórica de la sociedad occidental moderna capitalista, y del derecho en particular como una de sus producciones más conspicuas.

Debemos hacer, en este punto, una *parada* y tomar las rutas de una *bifurcación*. La parada será en términos de fijar, estipulativamente, una distinción conceptual, y la bifurcación nos remitirá, por una vía, a un registro epistemológico, por la otra vía, a retomar el registro socio-histórico.

En la parada establecemos una distinción entre *desigualdad* y *diferencia*.

a. La *igualdad formal*, que está en la base de la *libertad contractual*, como *efecto indirecto* genera desigualdades (sociales, de género, ecológicas, etc.).¹⁰ Pero esa igualdad formal, que coagula en la libertad contractual, no es susceptible de enfrentar las desigualdades que genera como su efecto indirecto, por ende, tiende a invisibilizarlas y, cuando resultan intolerables, despliega un potencial de aniquilación de cualquier rastro de conciencia de tales desigualdades; evidentemente, se trata de la eliminación de cualquier sujeto que siendo consciente del régimen de desigualdades, intenta visibilizarlas y denunciar la ilegitimidad del sistema que las genera. Por consiguiente, a los movimientos de emancipación que reclaman ante la sumisión o subordinación establecida por ella misma y que tratan de enfrentar las desigualdades que produce, los ataca como *anti-* (anti-democráticos, anti-sociedad abierta, anti-derechos humanos, anti-libertad individual, etc.).

Al respecto son muy ilustrativas las palabras de la profesora Ana Rubio, cuando dice: "*La construcción del modelo social que nace de la Modernidad al fundamentarse en la figura del contrato no puede desvelar por su propia lógica situaciones de desigualdad, éstas deben ser previamente construidas en el [presupuesto: njsa] estado de naturaleza, en el que todos deben reconocerse como iguales para el establecimiento de objetivos comunes.*"¹¹ En todo caso, es lo cierto que esta apuesta por la libertad contractual como *fundamento* del modelo social, no es tanto un atributo de la modernidad cuanto del capitalismo burgués, que es un proceso diferente de, aunque imbricado con, aquel otro de la modernidad (cfr. SANTOS, 2000, p. 49).

¹⁰ Por supuesto que, desde la posición de la *filosofía de la realidad histórica* (véase Ellacuría, Ignacio,

Filosofía de la realidad histórica, San Salvador, UCA, 1990), no se trata de que la igualdad, como entidad metafísica o cosa por el estilo, opere esas desigualdades, sino que se trata siempre de la acción humana que se desarrolla conforme a tales ideas.

¹¹ Cfr., Rubio, Ana, "El contenido sexista de la cultura jurídico-política", *Mulher e subjetividade*, Universidad Federal de Alagoas, p. 83.

b. Por otra parte, con *diferencia* nos referimos más a la idea de *pluralidad/diversidad*, que genera los *espacios inter*.¹² Desde esta posición se pretende bloquear el absolutismo de aquella igualdad formal y se busca generar dispositivos capaces de enfrentar sus propios efectos indirectos. Es decir, con la idea de diferencia se elucida, en contextos reales (socio-históricos), las desigualdades generadas por la igualdad formal, pero también las desigualdades generadas por cualquiera otros mecanismos (constitutivos o regulativos), incluidos los que se produzcan en conformidad con esa pluralidad/diversidad; por tanto, la conciencia de esta diferencia impulsa la adopción de dispositivos de ajuste, de evaluación y corrección de las propias mediaciones socio-históricas en que coagula, las cuales no están exoneradas de ser *invertidas* y *revertidas*, motivo por el cual asume (para enfrentarlos) estos efectos indirectos como parte de su condición contingente (histórica).

En la bifurcación, sigamos primero un *registro epistemológico*: Las relaciones del derecho (ciencia, técnica, actividad) con otras ciencias han sido objeto de discusiones e investigaciones interdisciplinarias,¹³ las cuales han servido para elucidar

¹² Como se hace evidente, tampoco en este caso hacemos una "ontología de la diferencia", sino que nos atenemos al campo pragmático y al nivel de los juicios de existencia.

¹³ Por ejemplo: Las relaciones entre sociología y derecho, en la cual la primera suple la ausencia de saber social para el segundo, y éste se convierte en objeto de interés particular para la primera como prototipo del proceso (y producto) institucional (véanse Treves, Renato, *La Sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona, Ariel, 1988. Geiger, Theodor, *Estudios de sociología del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983. Lautmann, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, Buenos Aires, Sur, 1974). Las relaciones entre psicología y derecho, particularmente en el ámbito de una especie de psicoanálisis de la ley, sobre las líneas abiertas por el psicoanálisis clásico (S. Freud), la escuela francesa (J. Lacan) y ese territorio de fronteras que era el mismo M. Foucault; así tenemos, por ejemplo, los trabajos de P. Legendre sobre el surgimiento del dogmatismo y el amor de la ley (véanse, *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, Barcelona, Anagrama, 1979. "La crisis del juridismo" (entrevista y versión castellana de Enrique A. Kozicki) 1982, Legendre, Pierre *et al.*, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette; (1994), "Los Amos de la Ley. Estudio sobre la función dogmática en el régimen industrial", MARI, Enrique *et al.*, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Buenos Aires, Edicial, 2º ed.) y en América Latina los trabajos del grupo liderado por el propio Enrique Mari. Las relaciones entre economía y derecho, que ha sido territorio prolífico y esclarecedor respecto de las condiciones materiales en que se genera el derecho; entre éstas tenemos investigaciones como la de Tigar y Levy (1978), que hacen una historia económica del derecho hasta el siglo XVIII-XIX; o P. Barcellona (1996) y la discusión del individualismo propietario que encarna en la *forma* de la ley, general y abstracta, y en América latina trabajos como los de Novoa Montreal, sobre las limitaciones del derecho al cambio social por su deuda con el sistema capitalista. También hay investigaciones sobre derecho y medicina; derecho y género, con una valiosa carga de títulos al respecto en los que se desanuda la complicidad/funcionalidad entre derecho y patriarcado o dominación masculinista (en perspectiva alternativa, véase Alda Facio, *Cuando el género suena, cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, Ilanud, 1992. *Declaración Universal de Derechos Humanos: textos y comentarios inusuales*, San José, Ilanud, 2001) etc.

lo que podemos denominar el *contexto material de producción del derecho*; pero poco se ha hecho por indagar en lo que podemos denominar las *condiciones epistemológicas*¹⁴ de/para tal producción, que no se separan de aquél contexto, aunque si lo *colorean* y, a la vez, completan un esquema de comprensión más amplio y plural del fenómeno jurídico.¹⁵

Por nuestra parte, consideramos de gran relevancia, en términos de una reconstitución del pensamiento jurídico, intentar seguir las bifurcaciones de esa *historia epistemológica* (por lo mismo, una historia que busca elucidar el vínculo entre el pensamiento y sus contextos materiales) para captar (*contextualizar e historizar*)¹⁶ los *obstáculos epistemológicos*¹⁷ que hoy lastran la imaginación jurídica.¹⁸ En este sentido, el *terreno de fronteras* con las diversas disciplinas (desde la Física a la Sociología, de la Química a la Economía, de la Biología a la Psicología) aparece como un lugar idóneo donde se establecen, por tanto, se pueden elucidar, tales condiciones epistemológicas de producción del derecho, pero también de esas mismas disciplinas o ciencias (cfr. SANTOS, 2000, p. 169). Este es un efecto de la constitución de esos *espacios inter* que la Filosofía del derecho puede ocupar y, a la vez, está llamada a elucidar y facilitar; *espacios inter* que se imponen como necesarios en términos de generar en nuestro margen latinoamericano un pensamiento jurídico inédito, que no desconoce las tradiciones que le anteceden, pero que está dispuesto a superarlas creativamente, con vista en las condiciones reales (socio-históricas) que éste contexto presenta.¹⁹

¹⁴ En este punto seguimos las sugerencias de Serres, Michel, *Historia de las ciencias*, Madrid, Cátedra, 1991. Por lo demás, no se trata simplemente de un análisis de las ideas, sino de la condición intelectual que permite la producción y desarrollo de tales ideas (que pueden coagular pragmáticamente en normas, instituciones, productos tecnológicos, etc.). Ahora bien, si seguimos el postulado de la filosofía de la realidad histórica (Ellacuría, I-1990), que sintéticamente podemos enunciar en el aforismo *el útil precede el pensamiento, pero no se comprende sin éste*, cuando hablamos de la condición intelectual o epistemológica, estamos hablando de condiciones que son formales y materiales a la vez...

¹⁵ En este sentido, hay trabajos valiosísimos, pero aislados, tal es el caso de Miaille (1982) y Orestano (1997); el primero indaga sobre algunos obstáculos epistemológicos del derecho moderno, y el segundo traza en grandes líneas, quizá sin ser su propósito expreso, una especie de historia epistemológica del derecho romano y los estudios romanistas.

¹⁶ Al respecto véanse Ellacuría (I-1990); (II-1990), "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", *Estudios Centroamericanos (ECA)*, n. 502, San Salvador. Bourdieu, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona, Anagrama, 1999. *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.

¹⁷ Véanse Bachelard, Gaston, *La formación del espíritu científico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1972. *Epistemología*, Barcelona, Anagrama, 1973.

¹⁸ Para intentar superar esta postración, desde la perspectiva de un *proceso de secularización* consecuente, consideramos que, entre otros, un sitio obligado para tal rastreo se encuentra en el ámbito de convergencia entre la reflexión teológica y el derecho, ya que éste último es -según parece- una especie de *heredero/análogo laico* de aquélla.

¹⁹ Si en el pasado y lejos de nuestro margen, al cual solo se le imponía el producto generado, se imaginó el derecho separado de sus condiciones de realización, nuestra apuesta es por un camino diverso, que en primer lugar elucide las condiciones de posibilidad de una determinada mediación (en

Como parte de este esfuerzo por discernir (en) estas condiciones epistemológicas, debemos revisar y cuestionar la racionalidad que ha informado las construcciones jurídicas modernas y el modo en que éstas son transformadas/vertidas tecnológicamente. Brevemente, podemos apuntar que se trata de una racionalidad técnico-instrumental, vinculada a los postulados de la ciencia empírica, al estilo como fuera analizada por Max Weber, y susceptible de ser vertida en tecnología de control social. Además, la crítica de la racionalidad que informa el discurso jurídico aparece impulsada por la crisis de la racionalidad moderna, como fenómeno cultural de nuestro momento histórico.

En esa línea, en virtud del predominio de esa racionalidad técnico-instrumental, el derecho occidental moderno aparece afecto a una reducción de tipo normativista y legalista, que recorta taxativamente el espectro de las fuentes, reduce el ámbito y alcances de la experiencia jurídica, empobreciendo gravemente la cultura jurídica, particularmente por un *déficit de saber social* (cfr. SANTOS, 2000, p. 165), instituye y coloca al Estado como árbitro absoluto de la legalidad vigente y otorga el protagonismo a legisladores y jueces. Todo esto en nombre de un proceso de racionalización del poder, que en la visión de Max Weber, sólo se da en la forma del Estado de derecho moderno por cuanto el poder que éste ejercita es “racional” o legal.²⁰

De esta forma, el derecho moderno “resultante del iluminismo político”²¹ que perseguía aquél ideal igualitario, tiene su máxima expresión en el *principio de legalidad* y su correlativo *principio de jurisdiccionalidad*, ejes vertebradores del Estado de derecho. Pero, en la medida que toda esta empresa ha quedado aprisionada “*en la lógica de postulados empíricos, no fue capaz de realizar la emancipación y la liberación del hombre (sic.)*” (cfr. WOLKMER, 1991, p. 32), sino que ha generado múltiples efectos indirectos, entre los cuales podemos mencionar algunos:

- a. La invisibilización de otros actores sociales (sindicatos, asambleas, movimientos sociales, corporaciones, comunas, grupos sociales de toda índole, etc.), y su exclusión como sujetos (operadores) del derecho, pues quedan reducidos a (presuntos) meros destinatarios pasivos de una legalidad dictada y ejercida por “*otros*” lejanos a sus universos de vida y experiencia.
- b. Una obsecuente impunidad con la invisibilización del “pacto sexual” (C. Pateman) que subyace y antecede al “pacto social”,²² con el consiguiente

este caso se trata de las instituciones jurídicas), y a partir de tales condiciones de posibilidad instituya unas normas, valores, instituciones, etc., que aparecerían en términos de *experiencia jurídica*...

²⁰ Cfr. Bergalli, Roberto, “Movimientos sociales, pluralismo jurídico y alternativas al Sistema de Justicia Criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1994, p. 212.

²¹ Cfr., Wolkmer, Antonio Carlos, *El otro derecho*, “Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas”, enero, n. 7, Bogotá, 1991, p. 32.

²² “El contrato sexual es (...) un contrato que precede al contrato social y fija las condiciones de la subordinación de las mujeres a través de la negación de su subjetividad” (cfr., Rubio, p. 85).

desconocimiento, entre otros aspectos, del papel y valor de la maternidad como generadora de diversos valores allende la reproducción de la especie y afirma la sumisión de las mujeres (y los varones) a patrones de *lo masculino* construido afín a las exigencias de la ley del contrato en cuanto ley del padre.²³

c. La producción de un sistema de exclusiones para los pueblos y sus culturas diversas a la predominante en las sociedades del capital, escondida bajo el ropaje de una declarada igualdad (formal) racial que genera, como efecto indirecto, la desigualdad cultural y el etnocentrismo.²⁴

En fin, para no extendernos demasiado en un borgiano *recuento de infamias*, veamos el *reverso* de esta historia, que se escribe en nuestros días. Y es así que topamos con el hecho de que nos encontramos en un momento de transformación, marcado por la crítica a esa racionalidad técnico-instrumental y la búsqueda de alternativas a todo el orden de instituciones, valores, mecanismos, acciones, etc., generados en el periodo histórico que denominamos modernidad, lo cual resulta de esta forma por cuanto, entre otros factores, “(p)arece claro (...) que la estructura normativa del moderno Derecho positivo estatal es ineficaz y ya no responde al universo complejo y dinámico de las actuales sociedades de masas, que pasan por nuevas formas de producción del capital, por profundas contradicciones sociales y por inestabilidades continuadas que reflejan crisis de legitimidad y crisis en la producción y en la aplicación de la justicia” (cfr. WOLKMER, 1991, p.32).

Al respecto, para enfrentar esta “caída de legitimación de la legalidad y del sistema jurídico” (cfr. BERGALLI, 1994, p. 220) se ofrecen diversas vías alternativas fundadas, principalmente, en la alteridad y la emancipación (cfr. WOLKMER, 1991, p. 33); entre ellas la propuesta del profesor Boaventura de Sousa SANTOS, quien habla de la constitución de un “nuevo sentido común jurídico” que resulta de la “recontextualización” del derecho y que tiene como resultado “el reconocimiento de espacios y tiempos como contextos de producción jurídica: *doméstico* (relaciones sociales entre los miembros de la familia), de *producción* (relaciones en el ámbito del/ en el trabajo), de *ciudadanía* (relaciones sociales en la esfera pública, entre los

²³ “La forma de eludir hacer evidente la desigualdad entre hombres y mujeres es reemplazar la figura del varón por la del padre. De este modo el padre, jefe y autoridad en la familia, puede representar en la hermandad de los iguales tanto sus intereses individuales como los intereses de todos los miembros de la unidad familiar: mujeres niños y sirvientes, sin levantar sospechas sobre el mantenimiento disfrazado del patriarcado” (cfr., Rubio, pp. 83-84).

²⁴ En las democracias occidentales y capitalistas, por ejemplo, en el siglo XX los afrodescendientes son incorporados socialmente, al *obtener* sus derechos ciudadanos. Su incorporación jurídica a la ciudadanía (que entre otros aspectos significa una ampliación de la oferta de mano de obra legal en/ para el mercado laboral) se hace sobre la base de una igualdad ontológica, que hace abstracción de las condiciones de opresión y exclusión social y de desprecio a sus culturas, lo cual les impone/exige una asimilación de los valores, instituciones, etc., de la cultura blanca, patriarcal y competitiva, instituida como el modelo civilizador con pretensiones de universalidad.

ciudadanos y el Estado) y *mundial* (relaciones económicas internacionales y entre Estados nacionales)” (cfr. BERGALLI, 1994, p. 221).

Para abundar al respecto, tomemos las palabras del profesor WOLKMER, quien dice: “La discusión y la articulación de un proyecto alternativo que conduzca a un ‘nuevo Derecho’ pasa, hoy en día, necesariamente por la redefinición de una racionalidad emancipadora, por el cuestionamiento de los valores y por la fundamentación de una ética política de la praxis comunitaria, por el redescubrimiento de un “nuevo sujeto histórico” y, finalmente, por el reconocimiento de los movimientos y de las prácticas sociales como fuentes generadoras del pluralismo jurídico” (1991, p. 33)

En lo que respecta a la *filosofía jurídica latinoamericana* esto se traduce también en un esfuerzo por la “desoccidentalización conceptual”, que es tarea para cualquier esfuerzo filosófico, del tipo que sea, en América Latina. Este momento deconstructivo crítico supone, “que la “filosofía latinoamericana” se “desfilosofa” en el sentido de liberarse de la concepción de filosofía acuñada por la tradición dominante occidental. Este momento es, ciertamente, esencial, porque marca la experiencia de la inflexión teórica que permite abrir el horizonte categorial heredado. Pero tiene que ser acompañado por un momento explícitamente constructivo que llamaremos el momento de la reubicación cultural, entendiendo por ello la apropiación de la diversidad cultural en sus diferentes tradiciones, voces y formas de articulación.”²⁵

Lo anterior nos permite retomar el *registro socio-histórico* previo. En esta vía de la bifurcación encontramos, entonces, que los desafíos para el derecho y su imaginación, por ende, también para la filosofía jurídica, son los desafíos que provienen, entre otros, de las visiones del pluralismo jurídico, de interculturalidad, de género, del desarrollo etario, de la ecología, etc., y que plantean tareas inminentes frente a los fenómenos de un mundo global-plural, del neo-imperialismo unilateralista, del rompimiento de las relaciones sociales en términos políticos (civilidad/politicidad), de la destrucción ecológica que nos enfrenta a los denominados “peligros ontológicos”, de las transformaciones libidinales, etc. Y las respuestas desde esos nuevos *espacios* emergen, por ejemplo:

a. Desde el pluralismo jurídico, a través de la crítica del monismo del centralismo estatal, que en un contexto de exclusión social, dominado por el conflicto de clases y grupos, por relaciones de fuerza y presión, sufrimientos e injusticias, “justifica abandonar la hegemonía tradicional del monismo estatal y dislocarse hacia múltiples fuentes de producción normativa generadas por los movimientos populares y prácticas sociales liberadoras (...) [por ende, se: *njsa*] vuelve imperioso en la discusión y en la constitución de los ‘nuevos

²⁵ Cfr., Fernet-Betancourt, Raúl, *Transformación intercultural de la filosofía*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001, p. 251.

Derechos' (...) asociarlos a las acciones transformadoras y creadoras de los movimientos sociales" (cfr. WOLKMER, 1991, p. 41).

b. Desde la interculturalidad, con el rompimiento de la homogeneidad cultural impuesta por el etnocentrismo cultural, que pasa por el rescate de la propia historia negada como *"tarea fundamental de la transformación intercultural (...) [que: njsa] indica no simplemente un rescate historiográfico sino también el reconocimiento de la polifonía con que se expresa América Latina (...). En una palabra, se trata de rehacer el mapa de nuestra filosofía como un mapa que ha sido dibujado, y es dibujado todavía hoy, por una pluralidad de sujetos que hablan su propia lengua. Cumpliendo esta tarea la 'filosofía latinoamericana' [por ende, la filosofía jurídica latinoamericana: njsa] se proyectará como una filosofía de contextura polifónica en la que las diversas voces de nuestro trenzado cultural no son 'reducidas', sino que encuentran en ella el espacio libre y abierto necesario para expresarse como tales y, por consiguiente, para comunicarse sus diferencias sobre la base del mutuo respeto"* (cfr. FORNET-BETANCOURT, 2001, pp. 251-252).

c. Desde la visión de género, mediante el desenmascaramiento de las argucias del patriarcado, lo cual hace posible imaginar que el derecho *"a pesar de ser un obstáculo para el desarrollo humano de la personalidad femenina, puede ser un instrumento de cambios estructurales, culturales y personales"* (cfr. FACIO, 1992, p. 22). Pero para lograr esto debemos hacer el esfuerzo por *"cuestionarlo todo (...) lo culturalmente creado y como si fuera poco, tener que cuestionar también lo que se nos ha dicho son hechos 'naturales'. Pero tenemos que hacer ese esfuerzo si queremos entender lo que nos oprime. Además, es importante que entendamos que esto no es un problema abstracto que nada tiene que ver con nuestra cotidianidad. Todo lo contrario, está reflejado en todo el quehacer humano y sin duda en el Derecho en todas sus manifestaciones, tanto en el contenido mismo de las leyes y los principios que las informan, como en la estructura y funcionamiento de las oficinas que administran justicia y en nuestras actitudes y conocimientos respecto de ese Derecho"* (Ibid, pp. 85-86).

d. Desde el desarrollo etario, al poner en cuestión el adultocentrismo que desconoce como personas a niñas, niños y adolescentes.

e. Desde la ecología, por la inauguración de una visión holística sobre las condiciones de (la) vida contra las fragmentaciones del universo capitalista burgués, etc.

3. Siendo esto así, un paso en el proceso de transformación paradigmática es ese momento crítico-evaluativo de los procesos y productos de la modernidad. Ahora bien, para orientar nuestro enfoque hacia un campo específico, podemos señalar que en el caso del derecho ese momento crítico-evaluativo alcanza de forma inmediata los problemas de la Justicia; por ende, se trata, entre otros aspectos, de asumir la crítica de

los principios de legalidad y de jurisdiccionalidad,²⁶ los cuales instituían un régimen o sistema de garantías para la libertad contractual, toda vez que se la consideraba esencial para asegurar la libertad personal (cfr. TIGAR y LEVY, 1978, pp. 259-260), aunque esto último no fuera más que la justificación ideológica de aquélla.

La crítica del principio de legalidad ha sido realizada, con bastante claridad por L. FERRAJOLI;²⁷ pero dicho autor, coherente con una posición declaradamente formalista positivista, no avanza su crítica al nivel en que se establece el vínculo entre dicha legalidad y la acción humana concreta, por eso todavía se le oculta (en su análisis) la “fuerza espiritual” que genera (y sostiene) dicho principio. Lo que en términos de P. Legendre sería el “amor de la ley”, el “dogmatismo” y, en definitiva el rigorismo legalista (Hinkelammert).²⁸ Esto sucede, a nuestro parecer, por determinar únicamente los aspectos formales del principio de legalidad;²⁹ pero, a la vez, no admitir como pertinente (en sus múltiples acepciones) un lugar distante (entendido no como trascendente, sino como un *lugar otro* desde donde se ve) para mirar como se instituye esta legalidad en rostro de *lo intangible*.

De una forma paradójica, al bloquear la consideración de las condiciones de posibilidad/factibilidad en la comprensión del fenómeno jurídico, en términos tanto teóricos como dogmáticos, se incurre en un procedimiento “teologizante”, toda vez que se deja abierta la posibilidad de que la legalidad así generada/puesta devenga incuestionable y absoluta, redundando en una forma de naturalización que nos deja anclados todavía en una especie de *ley natural secular*. Así, igual que los mandamientos se instituyeron en/como el rostro/voluntad de Dios, la legalidad (burguesa), que es legalidad del contrato, se instituye en/como rostro visible del Mercado invisible. Por eso se puede hablar de “crisis de la legalidad”, y no pasa gran cosa, mientras que el intangible Mercado no sea cuestionado.³⁰

²⁶ Estos principios fueron generados en un contexto dominado por la visión unitarista y homogenizadora del estado nacional, centralizado y burocratizado (lo racionalizado), y sobre la base de un universalismo [el universalismo abstracto de la ley “como acto normativo supremo e irresistible” (cfr., Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2^o ed., Madrid, Trotta, 1997) de aplicación y acatamiento general], que imponía el nuevo orden de relaciones (individualistas) y la hegemonía burguesa.

²⁷ Véanse de este autor, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999. *et al.. Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

²⁸ Un esfuerzo por elucidar este rigorismo legalista en sintonía con la perspectiva aquí expuesta es el de Sanchez Rubio, David, “Despotismo de la ley, legitimidad y trabajo vivo”, *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1999, pp. 235-282. “Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica”, *Crítica Jurídica*, n. 17, Brasil, 2000, pp. 277-300.

²⁹ Ferrajoli, aunque está urgido por las exigencias de contextualización, no obstante, igual que Kelsen, desplaza la consideración de los aspectos socio-históricos al campo extrajurídico.

³⁰ Véase Hinkelammert, Franz J., *Democracia y totalitarismo*, San José, DEI, 1990. *El mapa del emperador*, San José, DEI, 1996.

Pues bien, si asumimos el reto de avanzar en este momento crítico-evaluativo, que está llamado a hacer una crítica radical, podremos encontrar insumos para el momento constructivo-proyectivo (propositivo) de forma de poder imaginar, por ejemplo, una *legalidad plural*, abierta a la interpelación y generadora de posibilidades alternativas para las diferencias de los sujetos a los cuales está llamada a servir. En palabras del profesor Boaventura de Sousa Santos, es la emergencia e instauración de “interlegalidades”. Se trataría, pues, de interlegalidades no arraigadas en el contrato, sino en la posibilidad de constitución de tramas sociales de solidaridad, convivencia pacífica, reconocimiento, satisfacción de necesidades humanas de sujetos humanos vivos, etc.

Por otra parte, si con la modernidad occidental burguesa la subjetividad que se visualiza/visibiliza en el derecho es la subjetividad abstracta, coagulada en la idea de “persona jurídica” (en última instancia, la que puede contratar),³¹ en esta transición paradigmática un reto para el mismo derecho está en orientarse hacia la disposición de condiciones (jurídicas) para la producción de plurales subjetividades concretas (como eje de la producción socio-histórica por la que apostamos) desde una visión de derechos humanos, emancipadora, ecuménica, participativa, pluralmente inclusiva, etc.

También, con vistas de la actividad efectiva de los Sistemas de Justicia, una de las tareas permanentes y significativas para la filosofía jurídica es el trabajo de elucidar las relaciones entre derecho y democracia (cfr. Ferrajoli, 1999; 2001), supuesto que no se quiera obviar el problema del fundamento de tales Sistemas de Justicia. Pero hablamos aquí no en términos de pretendidas (e infructuosas) derivaciones de fundamentos filosóficos u ontológicos, ni siquiera jurídicos, en los términos que las doctrinas tradicionales han pretendido, pues es lo cierto que ninguna filosofía ni ningún derecho fundamenta nada en la experiencia cotidiana (a no ser entelequias y juegos lógicos), sino que ellos son fundados en las tramas de relaciones de las particulares configuraciones socio-históricas que optan por organizarse conforme a derecho, como parecen ser las nuestras latinoamericanas, a pesar de sus falencias y rumbos fallidos.

³¹ Una inversión ideológica: “persona jurídica” no es el título o condición (previa) de quien contrata como medio para conseguir lo que le permite satisfacer sus necesidades humanas, sino que deviene “persona (con capacidad) jurídica” aquél que está legitimado para contratar. La discusión teórica sobre la capacidad de hecho y la capacidad jurídica es reveladora de esta inversión. Esto es lo que permite demorar o diferir la capacidad plena para niños, niñas y adolescentes, también la disminución o restricción para las personas con alguna discapacidad siccófica. Luego, se es persona (con capacidad) jurídica no por tener la condición de sujeto humano (como suele decirse), sino por tener la capacidad de contratar, por eso son personas jurídicas las empresas, pero no tienen ese estatuto, por ejemplo, los niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, cuando se proponen mecanismos para constituir a las personas jóvenes en sujetos de crédito ¿será porque sólo cuando tengan acceso a ese crédito, podrán acceder a su condición de *personas*? La sospecha está más que justificada toda vez que en el contexto capitalista, la ampliación del crédito no está orientada, salvo tangencialmente, a otorgar un poder de compra para la satisfacción de necesidades cuanto a la necesidad del mercado financiero de ampliar su clientela.

Al respecto, varios son los retos que llaman a la acción reflexiva, pero solo mencionaremos dos en alguna de sus múltiples caras, a saber:

1. *La crítica de la Justicia*: Ha dicho el profesor Enrique Pedro Haba: “para los efectos de una mejor protección de los derechos humanos *no* es indiferente la manera cómo en la normativa jurídica de un país se hallen establecidas las formas de intervención del Poder Judicial y la propia estructura de este.”³² Si esto es así y, por otra parte, en perspectiva filosófico-política y ético-política, según las *teorías clásicas*³³ de la democracia, derechos humanos, en cuanto *horizonte utópico*³⁴ de los *procesos de lucha* por la emancipación, que plasman en *medios* (discursivos, expresivos, normativos, institucionales, etc.),³⁵ es el *núcleo axiológico* básico del *pacto democrático*; entonces, los Sistemas de Justicia cobran legitimidad democrática en la medida que protegen y facilitan condiciones para la realización de acciones conforme a derechos humanos. Ese vínculo entre derechos humanos y democracia, que es el vínculo entre las acciones conforme a derechos humanos y el orden socio-político que apuesta por la participación de todos y todas en la “elaboración de criterios que permitan juzgar las decisiones democráticas en cuanto a sus resultados” (cfr. Hinkelammert, 1990, p. 134), no puede ser obviado, en ningún caso, por los Sistemas de Justicia. Por consiguiente, los Sistemas de Justicia no se legitiman democráticamente por su pretendido apego a una ley que hace abstracción tanto de su origen cuanto de las condiciones de aplicación, sino en la medida que pongan esa ley en el juego de discernimiento de “elementos de juicio para determinar hasta qué grado las decisiones mayoritarias [presuntamente reflejadas en la ley] son efectivamente decisiones válidas o descartables” (cfr. HINKELAMMERT, 1990, p. 134) en función de la realización de acciones conforme a derechos humanos, para la satisfacción de necesidades humanas de sujetos vivos, la producción de un orden civil/político de solidaridades y reconocimientos recíprocos e inclusivos, etc. En todo caso, esta posición todavía es compatible con el positivismo como actitud metodológica³⁶ y con los postulados del garantismo jurídico (FERRAJOLI, 1995), pero rompe radicalmente con las formas del positivismo ideológico o el formalismo

³² Cfr., Haba, Enrique P., *Tratado básico de Derechos Humanos*, Vol. II, San José, Juricentro, 1986, p. 532. La cursiva es del original.

³³ Se trata de una consideración de la democracia *con contenido* o *material* (cfr. Hinkelammert, 1990, p. 134).

³⁴ Lo que puede ser pensado o imaginado (utopía), siempre deseado nunca realizado, y que atraviesa *transversalmente* las realizaciones o concreciones históricas específicas. Por eso mismo es, epistemológica y prácticamente hablando, principio de imposibilidad de la acción humana que le descubre sus posibilidades.

³⁵ En ese sentido véase Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, Herrera Flores, Joaquín *ed.*, *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 2000, p. 78.

³⁶ Al respecto véase Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, pp. 75-76.

ético y, a la vez, completa y ubica (contextualiza e historiza) aquella metodología en el contexto de aplicación de la ley que interpreta. Finalmente, los Sistema de Justicia se deben constituir en una instancia crítica de la *ilegitimidad residual* o que como efecto indirecto genera la aplicación de la legalidad estatal, y, por otra parte, deben permearse de las interlegalidades que tienen como sus sujetos a *otros* diversos al estado, tales como los movimientos sociales, las comunidades indígenas, etc. Es decir, desde este discernimiento filosófico, los Sistemas de Justicia, en América Latina, para que cobren la pertinencia y legitimidad democrática deben estar atentos y ser un punto de *crítica*³⁷ de la legalidad dominante, en cuanto expresión de los intereses de clase y de grupos, así como no escamotear y robar el protagonismo a los otros actores sociales (movimientos sociales, ONG, comunidades indígenas, colectivos campesinos, grupos comunales, gremiales, etc.), sino ponerse en servicio de éstos, lo cual los constituiría en Justicia pluralista y democrática.

2. *Los problemas de una (fallida) constitución global en tiempos de un (pretendido) neo-imperialismo global:* En el mundo que está emergiendo en esta coyuntura histórica, como mundo global, los retos para el derecho y su imaginación, por ende, para la filosofía jurídica, son graves e inminentes, asimismo para los Sistemas de Justicia en particular. La estrategia con que desde los poderes instituidos (las burocracias públicas de los estados y las burocracias privadas de las grandes corporaciones transnacionales) se ha tratado de diseñar el nuevo modelo social ha pasado por varias etapas, todas con una misma finalidad: “el asalto al poder mundial” (Hinkelammert). Tal estrategia ha tenido diversos momentos y tácticas, que configuran otras tantas tendencias con pretensiones hegemónicas:

a. Primero fue la implantación de un neoliberalismo globalizador, que transformaría las relaciones económicas y pondría las bases de un “Nuevo orden mundial”. Más tarde, pero siempre en la senda de ese neoliberalismo globalizador, aparecen los intentos de generar una *constitución global*, que en palabras del profesor sevillano, Joaquín HERRERA FLORES, es un intento “*que unifica (...) la flexibilidad del modelo anglosajón de constitución, en cuanto que no es un tratado sino una ronda de negociaciones, pero también introduce lo que es la normativa constitucional continental, cuyas normas todo país miembro tiene que aceptar en bloque (...). [En esto consiste: njsa]*

³⁷ Esta *crítica* no es la crítica arrasadora, *exclusivamente* negativa, que clausura los campos y producciones que son objeto de su mirada, sino que se trata de una crítica superadora, abierta a la reconstrucción a partir de los elementos históricamente discernidos. En ese sentido, discierne y reubica la legalidad vigente en términos emancipadores, en lo que ella tenga de tal y resulte funcional a la protección del “más débil”, para utilizar la hermosa expresión del subtítulo en español del libro de Ferrajoli, 1999.

*la reserva normativa absoluta que tiene la OMC: o se acepta la normativa en bloque o no se puede ser miembro. Por tanto, estamos ante [la pretensión de establecer: njsa] una constitución global en la que (...) hay una violación de (...) la división de poderes, porque en la OMC se da la unificación de los tres poderes: el ejecutivo, el legislativo y el judicial.”*³⁸ Como se ve, esta presunta constitución global tiene su fuente en la OMC, principalmente a través de la normativa global que ésta genera, tales como el Acuerdo ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio)³⁹ primero, y posteriormente el intento de llegar a imponer el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI). Éste último fue un intento fallido, que vino a obstaculizar el camino previsto por los estrategas de esa globalización (G7), que en todo caso actuaban todavía desde la perspectiva de un (II) *multilateralismo restringido*, y en términos de las relaciones internacionales, establecía un equilibrio *inter pares* entre las potencias económicas que impulsaban y se beneficiaban de tal proceso globalizador. Hay que advertir que este intento de imponer esa (*su*) constitución global, por parte de los agentes de este multilateralismo restringido, se contrapone al *proceso de internacionalización* de los derechos humanos y de los instrumentos constitucionales garantistas de protección⁴⁰ (ejemplo, la Corte Penal Internacional), así como de otros instrumentos jurídicos internacionales establecidos en protección y desarrollo de los pueblos, la conservación ecológica, etc., en cuya gestación e implementación aparecen interesados e involucrados, particularmente, actores sociales de los pueblos pobres del Mundo, y que nosotros vinculamos, más bien, con la tendencia del (I) pluralismo interdisciplinario e intercultural del que habláramos anteriormente (§ II; III.1).

b. Posteriormente, en el último escenario mundial, las relaciones internacionales parecen tener una inflexión y se enrumban hacia la adopción de un (III) *unilateralismo agresivo*, que fallido el intento de completar esa (*su*) constitución global, apuesta por la militarización de sus estrategias y por dar el último y definitivo asalto al poder mundial. En este último caso (III), la

³⁸ Más adelante concluye: “Por tanto, estamos ante un tema jurídica y políticamente muy importante, porque no solamente la OMC crea normas y las puede cambiar, sino que crea jurisprudencia y a través del órgano de solución de diferencias, permite la imposición de sanciones de un país a otro y ejecuta esas sentencias. Es decir, tenemos los tres poderes unificados en uno” (intervención del autor en el Encuentro de Trabajo, realizado en Sevilla, del 2 al 4 de diciembre de 2002, en el marco del *Proyecto sobre Propiedad Intelectual y Derecho de los Pueblos*).

³⁹ También conocido como Acuerdo TRIPS por sus siglas en inglés *Trade Related Intellectual Property Rights*).

⁴⁰ Lo que L. Ferrajoli denomina un “*constitucionalismo mundial*” (cfr., §8. “Por un constitucionalismo de derecho internacional”, 1999, pp. 152-158) y que, con las adecuaciones impuestas por el pluralismo interdisciplinario e intercultural, suscribimos plenamente.

tendencia predominante es la de los estrategas de la derecha estadounidense, que no admiten compartir el poder mundial con sus socios históricos del denominado G7 (ni con ningún otro), y que amparados en el diferencial en la potencia militar de los Estados Unidos respecto de sus socios y de cualquier otra estructura político-militar, pretenden imponer su hegemonía, actuando al margen de cualquier legalidad que no sea la propia e imponiéndola a todos los demás que pasarían de ser satélites a colonias de su “imperio”, como parece que gustan autodenominarse.⁴¹ Y en ese punto nos encontramos al día de hoy.

Sea como fuere, lo cierto es que esto supone un cambio en las formas tradicionales del derecho; mas este cambio es de signo contrario al prefigurado por el (I) pluralismo interdisciplinario e intercultural y contrario a las exigencias de emancipación de las subjetividades que han ido emergiendo en el mundo y en nuestro margen latinoamericano (comunidades indígenas, movimientos sociales, ONG, etc.).⁴² Por tanto, se impone a la imaginación jurídica emancipadora buscar formas de someter a controles democráticos esos poderes globales de las burocracias privadas, particularmente representados por los cuerpos directivos de las grandes transnacionales y los organismos financieros y comerciales internacionales (OMC, FMI, BM, etc.), y, sobre todo, que enfrente la *lógica de muerte* que alienta la estrategia guerrerista de las estructuras de poder estadounidenses (sus burocracias públicas), que atentan contra los pueblos del mundo al tratar de imponer *su* legalidad absoluta, e incluso atentan contra su propio pueblo (restricciones de garantías civiles, régimen policial, estado de excepción, etc.), todo en nombre de constituir *su* sueño del “nuevo siglo americano”.

⁴¹ El desconocimiento de la legalidad internacional por las facciones portadoras de este unilateralismo militarizado afecta tanto a las estructuras e instrumentos producto de la acción de los órganos de la ONU, cuanto de la misma OMC y otros, pues EE.UU., por sí y ante sí, decide sanciones o privilegios económicos para otros estados y actores sociales, exige apertura de mercados pero se reserva el derecho “inobjetable” (para ellos) de mantener los mecanismos proteccionistas, etc. Para un más amplio análisis de esta tendencia véase SAXE Fernández, Eduardo, *La nueva oligarquía latinoamericana: ideología y democracia*, Costa Rica, EUNA, 1999. Documentos de estudio (*Nueva Época*), Militarización de la crisis mundial: costos de la hegemonía, colapsos mundiales y pensamiento oficial, Universidad Nacional, Costa Rica, 2002, n. 15.

⁴² Para esquematizar lo dicho, vemos como frente a las tendencias globalistas del (II) *multilateralismo restringido* (G7) y del (III) *unilateralismo militarizado* (EE.UU.), ha emergido un *movimiento de movimientos* (Medici) que describe una tendencia del (I) pluralismo interdisciplinario e intercultural, de carácter democrático en sentido clásico-material, y por el que aquí apostamos, que pretende enfrentar de manera creativa y alternativa a aquellos otras tendencias. En los últimos episodios de este “asalto al poder mundial” (Hinkelammert), por parte de las fuerzas económicas y militares estadounidenses, este pluralismo interdisciplinario e intercultural se ha manifestado en las calles abiertamente en contra de las estrategias de guerra, tanto en lo económico como en lo militar, movimiento que se ha expresado en múltiples formas y lugares, desde Seattle y Davos hasta Porto Alegre y Manila, y cada día en múltiples ciudades del mundo entero...

Asimismo, para los Sistemas de Justicia nacionales significa un reto por atender a su *mandato protectorio* de los “más débiles” frente a esos poderes que se pretenden totales e imperiales, lo cual pasa por priorizar las exigencias por derechos humanos de estos sujetos vivos concretos frente a las legalidades coloniales que los poderes pretendidamente neo-imperialistas tratan de imponer al margen de las relaciones interestatales y de la diplomacia, si no por la vía de la imposición unilateral comercial por la vía de la imposición militar, y esta *no* en última instancia. En esto se juegan, en el nuevo espacio global, su legitimidad democrática y pervivencia, y los pueblos del mundo la posibilidad de constituir un *mundo posible* donde quepamos todos y todas.

Referencias Bibliográficas

- BACHELARD, Gaston, *La formación del espíritu científico*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1972.
- _____, *Epistemología*, Anagrama, Barcelona, 1973.
- BARCELLONA Pietro *et al.*, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
- _____, *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid, 1996.
- BERGALLI, Roberto, “Movimientos sociales, pluralismo jurídico y alternativas al Sistema de Justicia Criminal”, *REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA*, N° 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1994.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México.
- BOURDIEU, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Anagrama, Barcelona, 1999.
- _____, *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.
- ELLACURÍA, Ignacio, *Filosofía de la realidad histórica*, UCA Editores, San Salvador, I - 1990.
- _____, “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, *Estudios Centroamericanos (ECA)*, n° 502, San Salvador, II - 1990.
- FACIO MONTEJO, Alda, *Cuando el género suena, cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Ilanud, San José, 1992.
- _____, edta, *Declaración Universal de Derechos Humanos: textos y comentarios inusuales*, ILANUD, San José, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- _____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- _____, *et al*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl, *Transformación intercultural de la filosofía*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.

- GEIGER, Theodor, *Estudios de sociología del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- HABA, Enrique P., *Tratado básico de derechos humanos*, Vol. II, Juricentro, San José, 1986.
- HERRERA FLORES, Joaquín ed., *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- HINKELAMMERT, Franz J., *Democracia y totalitarismo*, DEI, San José, II - 1990.
- _____, *El mapa del emperador*, DEI, San José, 1996.
- LAUTMANN, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, Sur, Buenos Aires, 1974.
- LEGENDRE, Pierre, *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, Anagrama, Barcelona, 1979.
- _____, "La crisis del juridismo" (entrevista y versión castellana de Enrique A. Kozicki), _____, et al., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982.
- _____, "Los amos de la ley. Estudio sobre la función dogmática en el régimen industrial", MARÍ, Enrique et al., *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Edicial, Buenos Aires, 1994.
- MIAILLE, Michel, *Une introduction critique au Droit*, Francois Maspero, París, 1982.
- MILLS, Charles Wright, *La imaginación sociológica*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993.
- MORIN, Edgar, *Sociología*, Tecnos, Madrid, 1995.
- ORESTANO, Riccardo, *Introducción al estudio del derecho romano*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1997.
- RUBIO, Ana, "El contenido sexista de la cultura jurídico-política", *Mulher e Subjetividade*, Universidad Federal de Alagoas.
- SÁNCHEZ RUBIO, David, "Despotismo de la ley, legitimidad y trabajo vivo", *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999.
- _____, "Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica", *Crítica Jurídica*, N° 17, Brasil, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. a ciencia, o direito e a política na transição paradigmática*, Cortez Editora, Sao Pablo, 2000.
- SAXE FERNÁNDEZ, Eduardo, *La nueva oligarquía latinoamericana: ideología y democracia*, EUNA, Costa Rica, 1999.
- _____, *Militarización de la crisis mundial: costos de la hegemonía, colapsos mundiales y pensamiento oficial*, Documentos de estudio (Nueva Época), N° 15, Universidad Nacional, Costa Rica, 2002.
- SERRES, Michel, *Historia de las ciencias*, Cátedra, Madrid, 1991.
- TIGAR, Michel E., LEVY, Madeleine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, S. XXI, México, 1978.

TREVES, Renato, *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Ariel, Barcelona, 1988.

WOLKMER, Antonio Carlos, "Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas", *El otro derecho*, N° 7, enero, Bogotá, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1997.