

I

PARA UNA NUEVA TEORÍA
CRÍTICA DEL DERECHO

COPY

COPY

1

LA DESAPARICIÓN DE LA TENSIÓN ENTRE REGULACIÓN Y EMANCIPACIÓN EN LA MODERNIDAD OCCIDENTAL

I. Regulación y emancipación en la modernidad

La modernidad occidental y el capitalismo son dos procesos históricos diferentes. El paradigma sociocultural de la modernidad surgió entre el siglo XVI y el final del siglo XVIII, antes de que el capitalismo industrial llegara a dominar en los países actualmente centrales. Desde entonces, los dos procesos históricos convergieron y se penetraron mutuamente. Sin embargo, las condiciones y la dinámica de su desarrollo continuaron por separado y de manera relativamente autónoma¹. La modernidad no presupone el capitalismo como su modo propio de producción. En efecto, concebido como un modo de producción, el socialismo marxista es parte de la modernidad tanto como el capitalismo. Análogamente, este último ha coexistido con, e incluso prosperado, en condiciones que, vistas desde la perspectiva del paradigma de la modernidad, serían consideradas como premodernas o incluso antimodernas.

Sostengo que vivimos en un periodo de transición de paradigmas y, por consiguiente, que el paradigma sociocultural de la modernidad, formulado antes de que el capitalismo se convirtiera en un modo dominante de producción, desaparecerá eventualmente antes de que el capitalismo deje de ser un modo dominante. Tal desaparición es compleja, porque deriva, en parte, de un proceso de superación y, en parte, de un proceso de obsolescencia. Implica la superación en la medida en que la modernidad ha cumplido algunas de sus promesas, en ciertos casos incluso en exceso. Es un resultado de la obsolescencia en la medida en que la modernidad ya no está en condiciones de cumplir otras de sus promesas. Tanto el exceso como la insuficiencia en el cumplimiento de sus promesas históricas explican nuestra actual perplejidad —que parece ser, en la superficie, una época de crisis pero que, a un nivel más profundo, es una época de transición de paradigmas—. O sea, el proyecto de la modernidad occidental no es un proyecto incompleto, como pretende Habermas, sino más bien un proyecto históricamente superado. Puesto que todas las transiciones son mitad invisibles y mitad ciegas, es imposible nombrar con precisión nuestra situación actual. Ésta es probablemente la razón por la cual la inadecuada desig-

1 La modernidad a la que me refero en este libro es la modernidad occidental. Por lo tanto, no me ocupo de la existencia y características de otras modernidades no occidentales. La relación entre la modernidad occidental y el capitalismo es ella misma un proceso histórico que dista mucho de ser lineal, y en el que es posible distinguir diferentes momentos, temporalidades o «fases». En otro lugar, he intentado examinar este proceso histórico según tres periodos: el capitalismo liberal, el capitalismo organizado y el capitalismo desorganizado. Santos, 1995: 79-118, publicado en castellano en Santos, 2003b.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

32

nación de «postmodernidad» haya sido tan popular. Pero, por la misma razón, este término es auténtico en su imprecisión. Tal transformación de paradigmas será importante para el desarrollo del capitalismo, pero su impacto específico no puede ser determinado de antemano. La eficacia de la transición de paradigmas consiste en construir un nuevo y amplio horizonte de futuros alternativos posibles, un horizonte que sea al menos tan nuevo y tan amplio como aquel que construyó alguna vez la modernidad occidental y luego destruyó, o permitió que fuese destruido.

El paradigma de la modernidad es muy rico y complejo, tan capaz de inmensa variabilidad como predispuesto a desarrollos contradictorios. Esta capacidad de variación y de contradicción se fundamenta en la discrepancia entre la experiencia social y las expectativas sociales. En la modernidad, por primera vez en la historia de Occidente, la experiencia social de grandes grupos sociales —y no sólo de las elites, como sucedía antes— ya no coincide con sus expectativas acerca de su experiencia futura. Quien nace pobre puede morir rico. Quien nace de familia de iletrados puede morir madre o padre de un hijo con formación. Las expectativas exceden a las experiencias, un exceso que se mide por la dimensión de las promesas de la modernidad, que se han vuelto creíbles por la idea de progreso.

La discrepancia entre experiencias y expectativas es, por lo tanto, parte integral de la modernidad occidental. Esta discrepancia potencialmente desestabilizadora descansa en los dos pilares en los que se apoya el paradigma de la modernidad: el pilar de la regulación y el pilar de la emancipación. La regulación moderna es el conjunto de normas, instituciones y prácticas que garantiza la estabilidad de las expectativas. Lo hace al establecer una relación políticamente tolerable entre las experiencias presentes, por una parte, y las expectativas sobre el futuro, por la otra. La emancipación moderna es el conjunto de aspiraciones y prácticas opositivas, dirigidas a aumentar la discrepancia entre experiencias y expectativas, poniendo en duda el statu quo, esto es, las instituciones que constituyen el nexo político existente entre experiencias y expectativas. Lo hace al confrontar y deslegitimar las normas, instituciones y prácticas que garantizan la estabilidad de las expectativas —esto es, confrontando la regulación moderna—. La modernidad se fundamenta, entonces, en una tensión dinámica entre el pilar de la regulación y el pilar de la emancipación. Esta tensión se encuentra bien expresada en la dialéctica del orden y del buen orden, o de la sociedad y la sociedad buena. Mientras que la regulación garantiza el orden en la sociedad tal como existe en un momento y lugar, la emancipación es la aspiración a un orden bueno en una sociedad buena en el futuro. El éxito de las luchas emancipatorias se mide por su capacidad para constituir una nueva relación política entre experiencias y expectativas, una relación capaz de estabilizar las expectativas a un nivel nuevo, más exigente e incluyente. Para expresarlo con otras palabras, el éxito de las luchas emancipatorias reside en su capacidad de transformarse en una nueva forma de regulación, mediante la cual el orden bueno se convierte en orden. No obstante, es típico del paradigma de la modernidad el que tales éxitos sean siempre transitorios: una vez que la nueva forma de regulación se estabiliza, nuevas aspiraciones y

prácticas de oposición intentarán desestabilizarla en nombre de expectativas más exigentes e incluyentes. Así, el orden deja de coincidir con el orden bueno. La tensión entre regulación y emancipación es, por consiguiente, insoluble; no hay una reconciliación final posible entre las dos.

El pilar de la regulación y el pilar de la emancipación están ambos constituidos por tres principios o lógicas, esto es, por tres criterios que confieren significado y orientación a la acción social, sea ésta regulatoria o emancipatoria. El pilar de la regulación está constituido por el principio de Estado, formulado de manera prominente por Hobbes, el principio de mercado, desarrollado por Locke y por Adam Smith en particular, y el principio de comunidad, que preside la teoría política y social de Rousseau. El principio de Estado encarna la obligación política vertical entre los ciudadanos y el Estado, obligación que se garantiza de diversas maneras, según el tiempo y el espacio, a través de la coerción y la legitimidad. El principio de Estado estabiliza expectativas al establecer el horizonte de las expectativas posibles (y, por ende, el de las únicas expectativas legítimas). El principio de mercado consiste en una obligación horizontal, mutuamente autointeresada, entre los agentes del mercado. Estabiliza expectativas al garantizar que, dentro del horizonte de expectativas políticamente establecido, el cumplimiento de las expectativas se obtenga con un mínimo de imposición, a través de la promoción universal del propio autointerés en el mercado. Finalmente, el principio de comunidad implica la obligación horizontal que relaciona entre sí a los individuos según criterios de pertenencia que no se refieren al Estado ni al mercado. Estabiliza expectativas al definir qué puede esperar o alcanzar un grupo particular colectivamente, dentro de los límites políticos fijados por el Estado y por fuera o más allá de cualquier obligación de mercado.

El pilar de la emancipación está constituido por las tres lógicas de racionalidad que identificó Weber: la racionalidad estético-expresiva de las artes y la literatura, la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y la tecnología, y la racionalidad moral-práctica de la ética y del imperio de la ley. Estas tres lógicas –cada cual a su manera– desestabilizan el horizonte de expectativas posibles al extender las posibilidades de cambio social más allá de un límite regulatorio dado. En otras palabras, crean futuros posibles que no se ajustan a la relación política vigente entre experiencias y expectativas. Tienen, por lo tanto, una dimensión utópica. Exploran a través del poder de la imaginación nuevas modalidades de posibilidad humana y nuevas formas de desplegar la voluntad humana, y refutan la necesidad de lo que existe –sólo porque existe– en nombre de algo radicalmente mejor por lo que vale la pena luchar, y a lo que la humanidad tiene pleno derecho. La racionalidad estético-expresiva, por ejemplo, crea futuros posibles a través de aquello que, a finales del siglo XVIII, el poeta alemán Friedrich Schiller llamó la apariencia estética (*das aesthetische Schein*). Éstas son sus palabras:

En medio del temible reino de las fuerzas, y en medio del sagrado reino de las leyes, obra, inadvertido, el impulso estético hacia la forma, en la creación de un tercer reino jubiloso de juego y de apariencia, en el que el hombre se ve liberado de las ataduras de la

I Para una nueva teoría crítica del derecho

34

circunstancia y de todo aquello que pueda llamarse obligación, tanto en el sentido físico como moral (1967: 215).

Al igual que la racionalidad estético-expresiva, la racionalidad cognitivo-instrumental crea futuros posibles al liberar a los seres humanos de las cadenas de la circunstancia y de los límites establecidos, pero lo hace a través de la sucesión potencialmente infinita de revoluciones tecnológicas. Finalmente, la racionalidad moral-práctica crea futuros posibles al transformar las nuevas exigencias éticas de libertad, igualdad y fraternidad en imperativos políticos y en exigencias jurídicas.

El paradigma de la modernidad es un proyecto ambicioso y revolucionario, pero es también internamente contradictorio. Por una parte, la amplitud de sus exigencias abre un amplio horizonte para la innovación social y cultural; por otra parte, la complejidad de sus elementos constitutivos hace que el cumplimiento por exceso de algunas de sus promesas, y el cumplimiento por defecto de otras, sea inevitable. Tales excesos e insuficiencias se encuentran ambos en el corazón del paradigma. El paradigma de la modernidad tiene como meta un desarrollo recíproco tanto del pilar de la regulación como del de la emancipación, así como la traducción sin distorsión de tal desarrollo en la plena racionalización de la vida colectiva y personal. Este doble vínculo –de un pilar con otro y de ambos con la práctica social– debe asegurar presuntamente la armonía de valores sociales potencialmente incompatibles, tales como justicia y autonomía, solidaridad e identidad, igualdad y libertad.

Con el privilegio de la retrospectiva, resulta fácil predecir que la *hybris*² de una meta tan ambiciosa lleva en sí misma la semilla de la frustración: promesas incumplidas e insuficiencias irredimibles. Cada pilar, basado como está en principios abstractos, tiende a maximizar su potencial –ya sea la maximización de la regulación o de la emancipación– obstaculizando así el desenvolvimiento potencialmente infinito de la tensión entre ellos. Análogamente, cada pilar consta de principios independientes y funcionalmente diferenciados, cada uno de los cuales tiende a desarrollar una vocación maximalista. Por el lado de la regulación tiende, bien sea a la maximización del Estado, o a la maximización del mercado, o aun a la maximización de la comunidad. Por el lado de la emancipación, tiende a la estetización, la cientifización o la juridización de la práctica social.

II. El papel de la ciencia y del derecho en el manejo de los excesos e insuficiencias de la modernidad

Dadas las tensiones internas y la amplitud del paradigma, son de esperar excesos e insuficiencias. Lo que resulta crucial, sin embargo, es que tanto excesos como insuficiencias fueron concebidos como corregibles. Los excesos fueron considerados como desviaciones contingentes, las insuficiencias como deficiencias transitorias, y ambos como problemas que habrían de solucionarse mediante un uso mejor y más amplio de los siempre crecientes recursos, materiales, intelectuales e

2 Arrogancia, desmesura.

institucionales de la modernidad. Este manejo reconstructivo de excesos e insuficiencias fue confiado gradualmente a la ciencia y, en una posición subordinada pero igualmente importante, al derecho. Estimulados por la rápida conversión de la ciencia en una fuerza de producción, los criterios científicos de eficacia y eficiencia pronto se hicieron hegemónicos y colonizaron gradualmente los criterios racionales de las otras lógicas emancipatorias.

Al comienzo del siglo XIX, la ciencia moderna se había convertido ya en una instancia moral suprema, ella misma más allá del bien y del mal. Según Saint-Simon, la crisis moral que había aquejado a Europa desde la Reforma, y la consiguiente separación entre el poder secular y el religioso, sólo podía resolverse con una nueva religión; y aquella religión era la ciencia. En una línea similar, la política se convirtió en un campo social provisional para soluciones menos óptimas a problemas que sólo podían ser solucionados adecuadamente cuando se transformaran en problemas científicos o técnicos: la conocida transformación saint-simoniana de la administración de las gentes en una administración de las cosas. Por otra parte, tanto la microética liberal –un principio de responsabilidad moral que concierne únicamente al individuo– como el formalismo jurídico –una amplia constelación intelectual jurídica que se extiende desde las pandectas alemanas al movimiento de codificación (cuyo hito más importante es el Código Napoleónico de 1804), y a la teoría pura del derecho de Kelsen (1967)– fueron valorados por su utilidad para un manejo científico de la sociedad. En cuanto a la racionalidad estético-expresiva, los movimientos finiseculares de vanguardia –futurismo, surrealismo, dadaísmo, constructivismo ruso, *proletkult*, etc.– son expresiones elocuentes de la colonización del arte por la idea de la emancipación científica y tecnológica de la sociedad.

El manejo reconstructivo de los excesos e insuficiencias de la modernidad no podía, sin embargo, ser realizado únicamente por la ciencia. Requería del concurso, subordinado pero fundamental, del derecho moderno. Tal participación era subordinada porque, como mencioné antes, la racionalidad moral-práctica del derecho, para ser efectiva, debía rendirse a la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia. Pero el papel del derecho fue fundamental porque, al menos a corto plazo, el manejo científico de la sociedad tenía que ser garantizado contra una eventual oposición mediante la integración normativa y la coerción suministradas por la ley. En otras palabras, la despolitización de la vida social a través de la ciencia se lograría mediante la despolitización del conflicto y de la rebelión social a través del derecho.

Esta relación de cooperación y circulación de significados entre la ciencia y el derecho, bajo la égida de la ciencia, es uno de los rasgos básicos de la modernidad. Creo, por lo tanto, que Foucault exagera la mutua incompatibilidad entre el poder jurídico y el poder disciplinario, y pasa por alto las profundas interpenetraciones entre ambos. La tesis principal de Foucault es que, desde el siglo XVIII, el poder del Estado –al que denomina poder jurídico o legal– ha sido confrontado y gradualmente desplazado por otra forma de poder –al que llama poder disciplinario–. Este último es la forma predominante de poder en nuestra

I Para una nueva teoría crítica del derecho

36

época, y es generado por el conocimiento científico producido en las ciencias humanas, de la manera como se aplica por las profesiones en instituciones tales como escuelas, hospitales, barracas, prisiones, familias y fábricas (Foucault, 1976, 1977 y 1980). Foucault caracteriza las dos formas de poder social de la siguiente manera. El poder jurídico (o estatal) se basa en la teoría de la soberanía. Es poder entendido como un derecho que se posee o se intercambia, un poder de suma cero que está organizado centralmente y es ejercido de arriba hacia abajo. El poder jurídico distingue entre el ejercicio legítimo e ilegítimo del poder, se aplica a destinatarios u objetivos autónomos previamente constituidos, y se basa en un discurso de derecho, obediencia y norma. A diferencia de éste, el poder disciplinario no tiene centro. Se ejerce a través de la sociedad. Es fragmentario y capilar. Se ejerce de abajo hacia arriba, y crea sus propios objetivos como vehículos de su ejercicio. Se basa en un discurso científico de normalización y estandarización. Aun cuando Foucault es algo confuso acerca de la relación entre estas dos formas de poder, resulta claro que, en su opinión, son incompatibles, y que el poder científico, normalizador, de las disciplinas, se ha convertido en la forma de poder más difundida en nuestra sociedad³.

Esta concepción tiene una larga tradición en el pensamiento occidental y, en efecto, se remonta a la distinción aristotélica entre la ley como orden normativo y la ley como descripción científica de regularidades entre fenómenos. En mi opinión, sin embargo, esta distinción sufre cambios cualitativos dentro del paradigma de la modernidad, y estos cambios se dan en una dirección opuesta a la que indica Foucault. Foucault tiene razón en hacer énfasis en el predominio del poder disciplinario que, dentro de mi marco analítico, corresponde al lugar central de la ciencia en el manejo reconstructivo de los excesos e insuficiencias de la modernidad. Pero está equivocado al suponer que el poder disciplinario y el poder jurídico son incompatibles. Por el contrario, la mutua autonomía del derecho y de la ciencia ha sido lograda mediante la transformación del primero en el *alter ego* de la segunda. Esto explica por qué resulta tan sencillo pasar de la ciencia al derecho y viceversa dentro de las mismas instituciones. El acusado, dependiendo del veredicto «legal-científico» sobre su salud mental, puede ser remitido por la misma institución (el tribunal) bien sea a un ámbito médico o a un ámbito penitenciario-jurídico. De hecho, las mujeres a menudo han sido «ubicadas» en alguno o ambos ámbitos a la vez –como locas en el ático o como prostitutas– bajo las mismas presuposiciones sexistas y de clase, tanto de la ciencia como del derecho.

3 Las siguientes son algunas de las relaciones entre el poder jurídico y el poder disciplinario que con más frecuencia se encuentran en la obra de Foucault: el poder jurídico es la concepción errada del poder, mientras que el poder disciplinario es la concepción correcta; el poder jurídico es el agente del poder disciplinario; el poder disciplinario va más allá del poder jurídico; el poder disciplinario es menos jurídico, o bien existe allí donde el poder jurídico mismo es menos jurídico («en los extremos»); el poder disciplinario es colonizado por el poder jurídico; el poder jurídico y el poder disciplinario son dos lados del mismo mecanismo general del poder; coexisten aun cuando son incompatibles; el poder jurídico oculta y legitima la dominación generada por el poder disciplinario.

Tal afinidad entre ciencia y derecho, así como la circulación de significados que esto permite, da lugar a procesos sociales que operan como crisoles simbólicos, como configuraciones de significado en las cuales están presentes elementos tanto de la ciencia como del derecho en complejas combinaciones. Uno de estos crisoles simbólicos es el proceso social mediante el cual los médicos han tenido la facultad de decidir asuntos de vida o muerte de sus pacientes. De manera más general, los sociólogos de las profesiones han mostrado cómo los privilegios profesionales derivados del conocimiento científico legitiman decisiones en las cuales los juicios científicos se desplazan hasta convertirse en juicios normativos. En su análisis de las decisiones discrecionales, por ejemplo, Joel Handler ha mostrado en qué forma «la dominación que surge de las exigencias de la tarea burocrática encuentra un hogar acogedor en las ideologías de las profesiones» (1983: 62).

A mi juicio, la presentación de afirmaciones normativas como afirmaciones científicas, y la presentación de afirmaciones científicas como afirmaciones normativas, es algo endémico al paradigma de la modernidad. Y, en efecto, la idea de que el derecho como norma deba ser también derecho como ciencia tiene una fuerte tradición en el pensamiento social moderno, tradición que se remonta al menos a Giambattista Vico. En 1725, Vico escribió en *Scienza Nuova*, al contrastar filosofía y derecho:

La filosofía considera al hombre como debe ser y, por lo tanto, sólo puede ser de utilidad a muy pocos, a quienes desean vivir en la República de Platón y no quieren regresar a las ruinas de Rómulo. La legislación considera al hombre como es, para que sea de utilidad en la sociedad humana (1961: 20).

El mismo ideal de crear un orden social basado en la ciencia, esto es, un orden social en el cual los mandatos de la ley son emanaciones de hallazgos científicos sobre el comportamiento social, ocupa un lugar predominante en el pensamiento social de los siglos XVIII y XIX, desde Montesquieu a Saint-Simon, de Bentham a Comte, desde Beccaria a Lombroso.

III. ¿Una transición de paradigmas?

Desde mi punto de vista, el manejo reconstructivo de estos excesos e insuficiencias de la modernidad a través de la ciencia moderna y del derecho moderno atraviesa actualmente una crisis definitiva, y no es de sorprender que tal crisis sea muy evidente en la ciencia y en el derecho. Considero que aquello que caracteriza más fuertemente la condición sociocultural a comienzos del siglo es el colapso del pilar de la emancipación en el pilar de la regulación, como resultado del manejo reconstructivo de los excesos e insuficiencias de la modernidad que han sido confiados a la ciencia moderna y, en su defecto, al derecho moderno. La colonización gradual de las diferentes racionalidades de la emancipación moderna por parte de la racionalidad cognitiva-instrumental de la ciencia llevó a la concentración de las energías emancipadoras y de las capacidades de la modernidad en la ciencia y la tecnología. No debe sorprendernos, entonces, que la teoría social y política

I Para una nueva teoría crítica del derecho

38

que exploró el potencial emancipatorio de la modernidad de manera más sistemática—esto es, el marxismo— viera este potencial en el desarrollo tecnológico de las fuerzas productivas, y utilizara la racionalidad cognitiva e instrumental para racionalizarse, tanto a sí misma (el marxismo como ciencia), como al modelo de sociedad contemplado por ella (el socialismo científico).

Sorprendentemente, lo mismo puede decirse del socialismo utópico. Su versión más radical y consecuente, el fourierismo, se apoyó fuertemente en la racionalidad y en el *ethos* de la ciencia, como lo ilustran de manera dicente los cálculos matemáticos que hizo Fourier del tamaño exacto de los falansterios y de sus elementos constitutivos (1967: 162). La hipercientificación del pilar de la emancipación dio lugar a promesas brillantes y ambiciosas. No obstante, con el paso del tiempo, resultó evidente no sólo que muchas de estas promesas no se habían cumplido, sino también que la ciencia moderna, en lugar de eliminar los excesos y las insuficiencias, contribuía a recrearlas en moldes siempre nuevos y, ciertamente, a agravar al menos algunos de ellos. Examinemos con mayor detalle algunas de las promesas fundamentales de la emancipación moderna.

En lo que se refiere a la promesa de igualdad—esto es, la promesa de una sociedad más justa y más libre— hecha posible por la abundancia resultante de la conversión de la ciencia en una fuerza productiva, según las últimas cifras disponibles de la Organización para la Alimentación y la Agricultura de las Naciones Unidas (FAO), en 1997-1999 había 815 millones de personas desnutridas en el mundo: 777 millones en los países en vías de desarrollo, 27 millones en los países que hacían la transición a las economías de mercado, y 11 millones en los países industrializados (FAO, 2001). En el siglo XX, murieron de hambre más personas que en cualquiera de los siglos anteriores, e incluso en los países desarrollados el porcentaje de personas excluidas socialmente, aquellas que viven por debajo de la línea de pobreza (el «Tercer Mundo interior») continúa aumentando. Con base en datos de UNDP, el Foro de Política Global ha estimado que «hace tres décadas, las personas de los países ricos estaban 30 veces mejor que aquellas de los países donde vive el 20 por ciento más pobre del mundo». Para 1998, esta brecha se había ampliado a 82 veces (de 61 veces desde 1996) (<http://www.globalpolicy.org/soecon/inequal/gates99.htm>, visitado el 06/06/02). Un economista del Banco Mundial concluyó en un «estudio de amplio espectro que cubre el 85 % de la población mundial de 91 países», que «el 1 % más rico del mundo tiene ingresos equivalentes al del 57 % más pobre. Cuatro quintas partes de la población del mundo viven por debajo de lo que países en América del Norte y Europa consideran la línea de pobreza. El 10% más pobre de los norteamericanos está, sin embargo, en mejores condiciones que dos tercios de la población mundial»⁴.

En lo que respecta a la promesa de libertad, las violaciones de los derechos humanos en países que viven formalmente en paz y democracia alcanza proporcio-

4 Cifras estimadas por Branco Milanovic, economista del Banco Mundial, recogidas en The Guardian (<http://www.guardian.co.uk>) el 18 de enero de 2002.

nes abrumadoras. Según una estimación conservadora de Human Rights Watch, de los 60 a 115 millones de niños que trabajan en la India, al menos 15 millones están trabajando prácticamente como esclavos (como trabajadores obligados por contrato) (Human Rights Watch, 1996). La población carcelaria continúa aumentando en todo el mundo —llegando sólo en los Estados Unidos a dos millones en 2000— mientras que la violencia de la policía y en las prisiones es desmesurada en países como Brasil y Venezuela. Los conflictos raciales en el Reino Unido casi se triplicaron entre 1989 y 1996. La violencia sexual contra las mujeres, la prostitución infantil, los niños de la calle, miles de víctimas de minas antipersonales, discriminación contra los adictos a la droga, los VIH positivos y los homosexuales, juicios a ciudadanos por parte de jueces sin rostro en Colombia y Perú, limpieza étnica y chovinismo religioso, son algunas de las manifestaciones de la diáspora de la libertad.

Respecto de la promesa de paz perpetua formulada por Kant de manera tan elocuente: según las cifras citadas por Giddens, en el siglo XVIII murieron 4,4 millones de personas en 68 guerras; en el siglo XIX murieron 8,3 millones de personas en 205 guerras; en el siglo XX, 98,8 millones de personas habían muerto ya para 1990 en 237 guerras (y la cuenta no se había cerrado). Entre el siglo XVIII y el siglo XX, la población mundial se incrementó 3,6 veces, mientras que el número de víctimas de guerra aumentó 22,4 veces (Giddens, 1990: 34).

Finalmente, la promesa del dominio de la naturaleza y de su uso para el beneficio común de la humanidad ha llevado a una explotación excesiva e insensata de los recursos naturales, a la catástrofe económica, la amenaza nuclear, la destrucción de la capa de ozono, y al surgimiento de la biotecnología, la ingeniería genética y la consiguiente conversión del cuerpo humano en la mercancía final. Durante los últimos cincuenta años, el mundo perdió cerca de la tercera parte de sus bosques. Según estimaciones de la FAO, se pierden anualmente más de 150.000 kilómetros cuadrados de selva tropical (<http://www.fao.org/sd/epdirect/Epreo030.htm>, visitado el 06/06/02). Actualmente, las corporaciones multinacionales tienen el derecho a talar árboles en 12 millones de acres de la selva amazónica. La erosión y la escasez de agua son los problemas que más afectarán a los países del Tercer Mundo durante la próxima década. Una quinta parte de la humanidad ya no tiene acceso a agua potable.

Para comprender el pleno impacto del desarrollo desequilibrado e hiper-cientificado del pilar de la emancipación que transmiten estas cifras, es necesario recordar el desarrollo concomitante e igualmente desequilibrado del pilar de la regulación durante los últimos doscientos años. En lugar de un armonioso desarrollo de los tres principios de regulación —el Estado, el mercado y la comunidad— hemos presenciado, en general, el desarrollo excesivo del principio de mercado en detrimento tanto del principio del Estado como del de la comunidad. Desde la primera ola de industrialización, con la expansión de las ciudades comerciales y el surgimiento de las nuevas ciudades industriales durante la época del capitalismo liberal, hasta el dramático crecimiento de los mercados mundiales con el surgimiento de sistemas globales de producción, la industrialización del Tercer Mundo y el surgimiento de una ideología mundial de consumismo en la época

I Para una nueva teoría crítica del derecho

40

actual de «capitalismo desorganizado», el pilar de la regulación ha sido objeto de un desarrollo desequilibrado, orientado al mercado.

La reducción de la emancipación moderna a la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia, y la reducción de la regulación moderna al principio de mercado, alimentado por la conversión de la ciencia en la fuerza primordial de producción, son las condiciones claves del proceso histórico a través del cual la emancipación moderna se ha convertido en regulación moderna. En lugar de disolverse en el pilar de la regulación, el pilar de la emancipación ha continuado brillando, pero con una luz que no proviene ya de la tensión dialéctica original entre regulación y emancipación –que todavía puede verse, aun cuando ya en el crepúsculo, en el lema «orden y progreso» de los positivistas del siglo XIX– sino más bien de los diferentes espejos en los que se refleja la regulación. En este proceso, la emancipación ha dejado de ser el otro de la regulación para convertirse en su doble.

De ahí el síndrome de agotamiento y de bloqueo global: la proliferación de los espejos de la regulación permite prácticas sociales cada vez más contingentes y convencionales, pero tal contingencia y convencionalidad coexisten con un grado cada vez mayor de rigidez e inflexibilidad al nivel global. Todo parece posible en el arte y en la ciencia, en la religión y en la ética, pero, por otra parte, nada nuevo parece posible al nivel de la sociedad en su conjunto⁵. El colapso de la emancipación en la regulación surgido de la hipercientifización de la emancipación, combinado con la hipermercantilización de la regulación, aun cuando neutralizó efectivamente los temores que alguna vez se asociaron con la perspectiva de una transformación social fundamental y de futuros alternativos, ha generado un nuevo sentido de inseguridad que se deriva del temor a los desarrollos incontrollables que probablemente ocurran aquí y ahora, precisamente como resultado de la contingencia y convencionalidad generalizadas de prácticas sociales específicas. La regulación misma se ha desacreditado ideológicamente como pilar de la modernidad no, como sucedió en el pasado, debido a su contradicción con la emancipación, sino debido más bien a sus contradicciones internas. En otras palabras, la contingencia y convencionalidad globales debilitan la regulación sin promover la emancipación. La primera se hace imposible a medida que la segunda se hace inconcebible. A un nivel más profundo, este sentimiento de inseguridad descansa en la creciente asimetría entre la capacidad de actuar y la capacidad de predecir. La ciencia y la tecnología han extendido nuestra capacidad de actuar de una manera que no tiene precedentes, y con ella la dimensión espacio-temporal de nuestras acciones. Mientras que en el pasado las acciones sociales y sus consecuencias compartían la misma dimensión espacio-temporal, actualmente la acción tecnológica puede prolongar sus consecuencias, tanto en el tiempo como en el espacio, mucho más allá de la dimensión de la acción misma, y a través de cadenas causales que son cada vez más complejas y opacas.

5 Un poderoso análisis del sentido de agotamiento y de bloqueo global en los principales países puede encontrarse en Offe, 1987.

El colapso de la emancipación en la regulación indica, ante todo, que estamos presenciando una crisis de los paradigmas de la ciencia. Sin embargo, dado el papel desempeñado por el derecho durante los últimos doscientos años, creo que estamos presenciando también una crisis de los paradigmas del derecho. Como dije antes, el derecho se convirtió en una racionalización de segundo orden de la vida social. Encarna una especie de cientifización sustituta de la sociedad. El derecho representa, por lo tanto, lo más cercano –al menos por ahora– a la plena cientifización de la sociedad que sólo podía ser lograda por la ciencia moderna misma. No obstante, para desempeñar esta función, el derecho moderno tuvo que abandonarse a la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia moderna y convertirse él mismo en científico. Por consiguiente, la crisis de paradigmas de la ciencia moderna lleva consigo la crisis de los paradigmas del derecho moderno. Concebir la crisis actual de la ciencia moderna y del derecho moderno como una crisis de paradigmas implica la creencia de que la solución de la crisis tal como la define la modernidad –esto es, como una tensión dialéctica entre regulación y emancipación– ya no es viable y que, por esta razón, estamos entrando en una transición social, cultural y epistemológica hacia un nuevo paradigma.

Las épocas de transición de paradigmas son doblemente ambiguas por varias razones. Primero, porque dado el predominio del antiguo paradigma, es posible argumentar persuasivamente que la crisis puede, de hecho, resolverse dentro del paradigma prevaleciente, y que no hay una transición después de todo. Segundo, porque incluso quienes creen que nos encontramos en una época de transición rara vez coinciden acerca de la naturaleza del paradigma del que venimos y, aún más rara vez, acerca de la naturaleza del paradigma hacia el que nos encaminamos. En lo que respecta a la ciencia moderna, por ejemplo, existe casi un consenso actualmente en que la enorme capacidad para la acción que ha posibilitado no va a la par con una capacidad análoga de predicción. Como resultado de ello, las consecuencias de la acción científica son necesariamente menos científicas que la acción misma, y esta asimetría alberga la crisis más profunda de la ciencia. La asimetría, sin embargo, puede ser leída de dos maneras diferentes, bien sea como exceso o como insuficiencia. La capacidad de actuar es excesiva en relación con la capacidad de predecir las consecuencias de la acción o, inversamente, la capacidad de predecir las consecuencias es insuficiente en relación con la capacidad de producirlas. Estas dos lecturas no son intercambiables, porque se centran en diferentes procesos y hacen énfasis en diferentes inquietudes. La primera lectura lleva a cuestionar el concepto de progreso científico, mientras que la segunda se limita a pedir más progreso científico. La segunda lectura –la insuficiencia de la ciencia– ha prevalecido, en efecto, hasta ahora, y se ha anclado en lo que Hans Jonas ha llamado el utopismo automático de la tecnología: el futuro como una repetición «clónica» del presente (Jonas, 1985). La primera lectura (la ciencia como exceso) es todavía una lectura marginal, pero la preocupación a la que da lugar está ganando cada vez mayor credibilidad; ¿cómo es que la ciencia moderna, en lugar de erradicar los peligros, las opacidades, la violencia y la ignorancia que alguna vez se asociaron con la pre-modernidad, las está recreando en una forma

I Para una nueva teoría crítica del derecho

42

hipermoderna? El riesgo es ahora el riesgo de la destrucción masiva a través de la guerra o del desastre ecológico; la opacidad es ahora la opacidad de las cadenas causales entre las acciones y sus consecuencias; la violencia continúa siendo la antigua violencia de la guerra, el hambre y la injusticia, conjugada ahora con la nueva violencia de la *hybris* industrial sobre los sistemas ecológicos, y la violencia simbólica de las comunicaciones masivas en redes globales ejercida sobre públicos cautivos. Finalmente, la ignorancia es ahora la ignorancia de una necesidad –la utopía automática de la tecnología– que se manifiesta como la culminación del voluntarismo del libre albedrío –la oportunidad de crear opciones potencialmente infinitas–.

Optar entre estas dos lecturas de la condición actual de la ciencia moderna no es una tarea fácil. Los síntomas son fundamentalmente ambiguos y llevan a diagnósticos que discrepan entre sí. Si bien algunos parecen argumentar convincentemente que la ciencia moderna es la solución de nuestros problemas, otros parecen argumentar con igual persuasión que la ciencia moderna es ella misma parte de nuestros problemas. Si pensamos en la teoría de la sinergia de Herman Haken (1977), podemos decir que el nuestro es un sistema visual muy inestable, en el cual la más mínima fluctuación de nuestra percepción visual ocasiona rupturas en las simetrías de lo que vemos. Al mirar una y la misma figura, ahora podemos ver una urna griega blanca sobre un fondo negro, y luego dos perfiles negros enfrentados sobre un fondo blanco. ¿Cuál es la verdadera imagen? Ambas y ninguna. Tal es la ambigüedad y complejidad de nuestra época.

La misma duplicidad y ambigüedad pueden verse en lo que respecta al derecho. En otro lugar, he intentado mostrar que, en lo que se refiere a la ciencia moderna, nos enfrentamos a una crisis definitiva y a una transición de paradigmas, e identifiqué sus rasgos principales (Santos, 1995, cap. 1, publicado en castellano en Santos, 2003b). En este libro, intentaré hacer lo mismo en relación con el derecho moderno. Antes de proseguir, sin embargo, debido a las ambigüedades que he mencionado, debo explicar cómo concibo la transición de paradigmas en general y la transición a partir del derecho moderno en particular.

1. Sobre el posmodernismo de oposición

La caracterización de una situación histórica dada no determina la naturaleza y contenido de la caracterización de la teoría que la explica. Por lo tanto, una cosa es definir la situación histórica actual como una transición posmoderna, y otra muy diferente es proponer una teoría posmoderna para caracterizarla. Frederic Jameson, por ejemplo, elabora una teoría moderna para explicar el posmodernismo, que concibe como una forma cultural adecuada para las exigencias del capitalismo tardío. Por el contrario, es posible proponer una teoría posmoderna para caracterizar la situación actual, sin adscribirle a esta última ningún carácter transicional, y negando más bien la idea de una transición hacia algo diferente. Ésta es la posición predominante en el pensamiento posmoderno, a la que llamo críticamente posmodernismo celebratorio.

Mi argumento es que nos encontramos en una transición de paradigmas

que, a falta de un mejor nombre, podemos designar como transición posmoderna, y que para explicar adecuadamente su potencial emancipatorio, necesitamos una teoría posmoderna apropiada. A esta última es a la que he llamado la teoría del posmodernismo de oposición u oposicional. Según esta teoría, es posible y necesario pensar en la regulación social y en la emancipación más allá de los límites impuestos por el paradigma de la modernidad. Para lograrlo, se necesita una teoría posmoderna de oposición de la ciencia y del derecho⁶.

Esta posición toma muy en serio las promesas de la modernidad, sean éstas libertad, igualdad, paz o el dominio de la naturaleza. Las somete a una crítica radical que nos permite hacer dos cosas. Primero, comprender las perversiones respecto al cumplimiento de algunas de las promesas, y la imposibilidad de cumplir otras. Segundo, nos permite identificar el potencial emancipatorio que mantiene intacto las promesas, pero que sólo puede ser realizado dentro de las fronteras sociales, culturales, políticas, epistemológicas y teóricas posmodernas.

Bien sea porque siguen irremediablemente incumplidas dentro de los límites de la modernidad, o porque han evolucionado de tal manera que han generado resultados perversos, las promesas de la modernidad se han convertido en problemas para los cuales parece no haber solución alguna. Entre tanto, las condiciones que dieron lugar a la crisis de la modernidad no se han convertido todavía en condiciones para superar la crisis más allá de la modernidad. De ahí la complejidad de nuestra época de transición tal como la describe la teoría posmoderna de oposición: nos enfrentamos a problemas modernos para los que no hay soluciones modernas. La búsqueda de una solución posmoderna es lo que llamo posmodernismo de oposición.

Esta posición se diferencia claramente tanto de las concepciones y teorías modernistas como de las concepciones y teorías posmodernistas más conocidas –esto es, del posmodernismo celebratorio–. Según este último, los problemas modernos tienen soluciones modernas y, por lo tanto, no se justifica hablar de una transición de paradigmas. Hay grandes variaciones dentro de la posición modernista. Por una parte, están quienes piensan que la modernidad occidental incluye muchos tipos de modernidades, y que el problema reside en la versión de la modernidad que terminó dominando; así, las nuevas soluciones modernas para los nuevos problemas modernos deben buscarse en las otras versiones de la modernidad. Hay, por otra parte, quienes creen que la solución no tiene nada que ver con las diferentes formas de la modernidad, sino más bien con la intensidad con la que se cumplió el paradigma de la modernidad. Ésta es la posición de Habermas, para quien la modernidad es un proyecto inconcluso que debe ser completado. Una variante de esta posición –aun cuando se trata de una variante con un tono más experimental y pragmático– es la de científicos sociales como Roberto Unger, quien propone una radicalización triunfante de la modernidad como manera de resolver todos los problemas que la modernidad ha dejado

6 En Santos, 1998d, analizo lo social y lo político en la transición posmoderna, lo moderno y lo posmoderno en los países capitalistas centrales y el caso portugués.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

44

sin respuesta hasta ahora. En efecto, para Unger, la manera de superar la tensión entre los que considera como los objetivos gemelos de la modernidad –el «progreso práctico», entendido como crecimiento económico e innovación, por una parte, y la emancipación, por la otra– consiste precisamente en explotar el potencial de otras variedades del repertorio institucional clásico de la modernidad occidental –esto es, economías de mercado, sociedades civiles libres y democracias representativas (Unger, 1998)–.

Mi posición, sin embargo, debe distinguirse también de las concepciones y teorías posmodernas prevalecientes. Para estas últimas, la ausencia de soluciones modernas para los problemas modernos no es ella misma un problema; es más bien una solución. El problema reside en las estimulantes promesas formuladas por la modernidad. Es sano, por lo tanto, según esta concepción, darnos cuenta hoy en día que esas promesas eran falsas e ilusorias. Esta es la condición para que podamos finalmente reconciliarnos con la sociedad en la que vivimos, y celebrar lo que existe meramente como existe. En ello reside el carácter celebratorio de la versión predominante del posmodernismo –à la Baudrillard–.

Mi visión de la transición posmoderna se distingue entonces claramente de todas las que he mencionado antes. Sólo ella confiere pertinencia a la idea de una transición de paradigmas y la considera a la vez una verdadera transición, esto es, una etapa provisional. Las posiciones modernistas, por el contrario, sostienen que no hay lugar para hablar de una transición, porque todas las transformaciones en marcha o meramente imaginadas se dan dentro de un paradigma –el paradigma de la modernidad– que es lo suficientemente amplio y multifacético como para incluirlas a todas. Los posmodernistas celebratorios creen también que no hay una transición propiamente dicha. La modernidad pasó, y con ella la idea tanto del paradigma como de la transición. Según la posición que sostengo, no hay una condición posmoderna; hay más bien un momento posmoderno. La designación de este momento como posmoderno, sin embargo, sólo tiene como propósito indicar nuestra incapacidad de caracterizar adecuadamente este momento de transición, un momento entre un paradigma que es dominante todavía –incluso en la manera en que denuncia sus irremediables contradicciones– y otro paradigma o paradigmas emergentes, de los que sólo tenemos indicios o signos. Bajo estas circunstancias, el problema de la dirección de las transformaciones se torna crucial. Como resultado de ello, no es tan importante distinguir entre modernismo y posmodernismo; lo que es realmente importante es distinguir entre el posmodernismo de oposición y el posmodernismo celebratorio. En síntesis, para el posmodernismo de oposición que sostengo, es necesario comenzar desde la disyunción entre la modernidad de los problemas y la posmodernidad de sus posibles soluciones, y convertir tal disyunción en el impulso para fundamentar teorías y prácticas capaces de reinventar la emancipación social a partir de las promesas fracasadas de la modernidad.

2. Posmodernismo de oposición y derecho

Admito que la tercera vía que propongo entre una posición modernista y la posición del posmodernismo celebratorio es compleja. Dado el predominio

académico de las dos posiciones rivales, la mía es particularmente susceptible de ser mal interpretada. Puesto que es tan difícil concebir la situación social, cultural, epistemológica y teórica independientemente de una de las dos posiciones dominantes, mi propia concepción ha sido considerada por algunos como modernista, por otros como posmoderna. Sinceramente, no estoy seguro de si, bajo las actuales circunstancias, las evaluaciones divergentes de mi obra son un signo de la debilidad o de la fortaleza de mi posición. Como quiera que sea, en lo que sigue intentaré desarrollar una concepción posmoderna de oposición respecto del derecho. Al hacerlo, busco preparar el terreno teórico para los argumentos que presentaré en los capítulos siguientes, y responder a algunas invitaciones de que desarrolle más mi posición, formuladas por los lectores de mi trabajos anteriores⁷.

Como afirmé antes, la manera como concibo la transición posmoderna implica una concepción posmoderna de la ciencia y del derecho –los dos conductos principales del surgimiento, consolidación y decadencia de la modernidad occidental–. La visión posmoderna de la ciencia y la concepción posmoderna del derecho los conciben como procesos característicamente epistemológicos, teóricos y analíticos. Tienen en común, sin embargo, la exigente tarea de enfrentarse al mismo reto, esto es, concebir las promesas emancipatorias incumplidas de la modernidad más allá de la modernidad misma, de manera que puedan ser redimidas del colapso de la emancipación en la regulación que marca el fin de la modernidad. Puesto que la ciencia y el derecho fueron los principales agentes de este colapso, el papel que les atribuyo en la transición de paradigma presupone un amplio proceso de «despensar» las concepciones predominantes de la ciencia y del derecho. «Despensar» es igualmente exigente, tanto respecto de las tareas de desconstrucción como de las tareas de reconstrucción. Desde el siglo XVII en particular, la ciencia ha colonizado nuestras nociones de razón y de racionalidad a tal punto que el proceso de «despensar» bien podría ser calificado de irracional⁸. Invoco a Stephen Toulmin para replicar que lo que es verdaderamente irracional, o al menos extraño, es la drástica separación que se ha dado desde el siglo XVII entre los conceptos relacionados de racionalidad y razonabilidad, teoría y práctica, lógica y retórica, y el haber dado prioridad total a la racionalidad, la teoría y la lógica. En contra de toda la historia previa de Occidente, se cargó a la razón con la única tarea de producir necesidades y certidumbres absolutas mediante conceptos abstractos, leyes universales y argumentos formales generales, atemporales, descontextualizados y neutrales (Toulmin, 2001: 24). De la forma como concibo el momento de transición, la principal tarea epistemológica y cultural consiste precisamente en recuperar la razonabilidad, la práctica y la retórica. En lugar del irracionalismo, lo que está en juego es devolver a la razón una racionalidad más

7 Ver, por ejemplo, Twining, 2000 y Darian-Smith, 1998.

Ver mi réplica a este último en Santos, 1998a.

8 Este es, en efecto, el calificativo que Twining, con base en el trabajo de Susan Haack sobre la epistemología, da a algunas de mis ideas. Responder a esta crítica en lo que se relaciona con la ciencia va más allá del alcance del presente libro. La responderé en lo que sigue, sin embargo, en lo que se relaciona con mi concepción del derecho.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

46

amplia. El poeta norteamericano Wallace Stevens habla, en el mismo sentido, de una «razón posterior».

En lo que respecta a la ciencia, me he referido a este problema en otro lugar (Santos, 1995, cap. I, publicado en castellano en Santos, 2003b)⁹. En lo que respecta al derecho, los siguientes capítulos mostrarán hasta qué punto mi concepción del derecho se fundamenta en las exigencias de razonabilidad, práctica y retórica. De ellas recibo inspiración y energía para devolver al derecho su potencial de oposición y emancipación. Aquí me limito a presentar los rasgos principales de mi concepción del derecho.

Comienzo con una crítica de la concepción moderna del derecho. En mi opinión, la concepción moderna del derecho se fundamenta en tres pilares: el derecho como monopolio del Estado y como construcción científica; la despolitización del derecho a través de la distinción entre Estado y sociedad civil; y el derecho como principio e instrumento universal de la transformación social políticamente legitimada. Mi punto de partida es, entonces, la crítica de cada uno de estos pilares y la formulación de alternativas a ellos. En contra del primer pilar – el carácter estatal y científico del derecho – propongo una concepción fuerte del pluralismo jurídico y una concepción retórica del derecho. Mi propósito es mostrar que la concepción modernista del derecho llevó a una gran pérdida de experiencia y práctica jurídica y, de hecho, legitimó un

9 Dado que no hay una relación inmediata, directa, entre sujeto y objeto, el conocimiento científico sólo puede ser una construcción social. Hay mediaciones entre sujeto y objeto que van más allá de su relación: teorías, conceptos, métodos, protocolos y herramientas que hacen posible el conocimiento y, a la vez, definen sus límites. Esto no significa que el conocimiento científico sea arbitrario. No lo es, por dos razones principales. Primero, porque las mediaciones son el resultado de amplios consensos dentro de la comunidad científica. Estos consensos hacen posibles los conflictos a través de los cuales progresa la ciencia. Lo que cuenta como verdad es la ausencia provisional de un conflicto significativo. El conocimiento científico es una práctica socialmente organizada. Lejos de ser externo a la racionalidad de la ciencia, lo social es parte integral de ella. Los procedimientos de prueba, por ejemplo, no eliminan la intervención de la confianza y los mecanismos de autoridad vigentes en las comunidades científicas; son, por lo tanto, irreductibles a los procedimientos de los científicos tomados individualmente. Segundo, aun cuando todo conocimiento interviene en lo real, esto no significa que lo real pueda ser modificado arbitrariamente. Por el contrario, lo real se resiste, residiendo en ello su carácter activo. Lo que conocemos de lo real es nuestra intervención y su resistencia. La resistencia es lo que hace que la certificación de las consecuencias del conocimiento nunca alcance una total previsibilidad. Es por esta razón que las acciones científicas tienden a ser más científicas que sus consecuencias. Es también por esta razón que el conocimiento nuevo genera siempre nueva ignorancia, y en ello reside su inevitable incertidumbre. La existencia de lo real no presupone su transparencia. Incluso la imagen más transparente – la imagen especular – es una imagen invertida, y el conocer las reglas de la inversión, así sea con la mayor precisión, no elimina la inversión. El realismo crítico, pragmático y dirigido a la acción es lo que permite la tensión más creativa entre las posibilidades y los límites del conocimiento.

juridicidío masivo, esto es, la destrucción de prácticas y concepciones jurídicas que no se ajustaban al canon jurídico modernista. La recuperación de la retórica está dirigida a ofrecer una alternativa a la teoría positivista del derecho que, de una manera u otra, se ha convertido en «la conciencia natural» del moderno derecho de Estado.

Al referirse a la teoría jurídica anglo-americana, William Twining critica precisamente, por una parte, su carácter «provinciano», que trata a «sociedades, Estados nacionales y sistemas jurídicos como unidades auto-contenidas» (2000: 47) y, por la otra, su tradición expositiva, que tiende a ser «ahistórica, descontextualizada y poco crítica» (2000: 48). Lo mismo podría decirse con facilidad de la teoría jurídica continental.

Coincido completamente con el diagnóstico de Twining. Mi única diferencia es con su propuesta: «Necesitamos una teoría jurídica –argumenta– que pueda trascender la jurisdicción y las culturas, en la medida en que esto sea factible y adecuado, y que pueda dirigirse a problemas jurídicos desde una perspectiva global y transnacional» (2000: 49). Dentro de los límites de la modernidad, Twining es quizás el teórico del derecho anglosajón que lleva más lejos la explicación de la diversidad jurídica del mundo. No creo, sin embargo, que la búsqueda de este objetivo, correcto en sí mismo, pueda ser facilitada por una teoría general y, menos aún, por una teoría en la cual, según la tradición analítica, la aclaración conceptual y la descripción formal continúen siendo sus principales tareas. En lugar del transculturalismo jurídico, propongo el multiculturalismo jurídico. Esto no implica en absoluto un relativismo cultural. En su excelente crítica de mi trabajo, Twining sugiere que yo oscilo entre el posmodernismo imaginativo (al que considera favorablemente) y un posmodernismo irracional (al que se opone fuertemente). Uno de los puntos en los que considera que tiendo al posmodernismo irracional es precisamente el del relativismo cultural. Ahora bien, en el capítulo 8, argumentaré que, por el contrario, todas las culturas son relativas pero que el relativismo cultural, como posición filosófica, es erróneo. De hecho, el rechazo del relativismo cultural es quizás lo que mejor distingue al posmodernismo de oposición que sostengo del posmodernismo celebratorio.

En lo que se refiere al segundo pilar del derecho moderno –la despoliticación del derecho a través de la distinción entre el Estado y la sociedad civil– propongo que se supere esta distinción y que se sustituya por un conjunto de espacios-tiempo estructurales –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– que pueden ser todos politizados y, por lo tanto, convertirse en conductos para liberar a la política de su confinamiento en el Estado y en la sociedad política, un confinamiento impuesto por la moderna teoría política¹⁰. Tal liberación de la política convencional posibilita la repolitización del derecho –que, a mi juicio, es la condición necesaria para devolverle al derecho sus energías emancipatorias–. En este campo también, el posmodernismo de oposición que sostengo

¹⁰ Sobre los espacios-tiempo, véase Santos, 2003b.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

48

se distingue claramente tanto de las concepciones modernistas del derecho como de las concepciones posmodernistas celebratorias. Las primeras en realidad produjeron la despolitización del derecho al convertirlo en una ciencia –la ciencia jurídica o la jurisprudencia sociológica– así como en un monopolio del Estado. Este gesto, eminentemente político, de reducir el derecho al Estado es, según esta concepción, la condición de su despolitización. Lo anterior es válido para todas las teorías modernistas del derecho, incluyendo a aquellas que, dentro del paradigma moderno, son consideradas como opuestas entre sí. El «positivismo suave» de Hart, por ejemplo, y la concepción de Dworkin del «derecho como integridad» –que han llegado a ser vistas como los dos candidatos rivales más fuertes a la hegemonía teórica dentro de la teoría jurídica anglosajona– intentan ambos aislar el derecho (entendido exclusivamente como derecho del Estado) de la política, bien sea al formular una regla positivista de reconocimiento (Hart, 1961), o al recurrir a los principios morales que constituyen el consenso que presuntamente subyace a las prácticas sociales en las sociedades bien organizadas (Dworkin, 1986). Incluso aquellas concepciones del derecho que buscan radicalizar el derecho moderno no están a la altura de su tarea. La teoría del derecho de Unger, por ejemplo –que está dirigida explícitamente a reorientar el análisis jurídico en la dirección de la imaginación institucional, y acertadamente critica el objetivo reconstructivo y despolitizado de la teoría jurídica de la corriente principal– permanece atrapado en la concepción reduccionista del derecho como derecho de Estado, y de la política como política estatal. En efecto, la invitación de Unger (1996 y 1998) a la experimentación y modificación de las instituciones equivale a un ejercicio en política social de cambio de arriba hacia abajo, cuyos actores privilegiados son intelectuales ilustrados, funcionarios gubernamentales y elites sociales, cuyos espacios-tiempo privilegiados son la política electoral y la adopción de políticas tecnocráticas¹¹. Así, al radicalizar el canon jurídico moderno, el trabajo de Unger oculta el dilema en el que está enredado.

El posmodernismo celebratorio, a su vez, disfruta y promueve la despolitización al convertir al derecho en un objeto cultural que se refiere a la «conciencia jurídica» de cada individuo más bien que al cambio social. Como lo ha mostrado Munger (1998) en su evaluación de los trabajos académicos recientes de derecho y sociedad, los estudios sociojurídicos en los Estados Unidos se han dedicado cada vez más al estudio de la conciencia jurídica y se muestran escépticos acerca

¹¹ La propuesta de Unger para reorientar el análisis jurídico moderno es tan intelectualmente osada como políticamente vacía. Cualquier tratamiento de la base social o de los defensores políticos de las reformas institucionales que propone brilla por su ausencia, en sus recientes trabajos jurídicos y políticos, aparentemente debido a la creencia de que las ideas vienen primero y las coaliciones después. Ver, por ejemplo, Unger, 1996: 137: «Si bien las alianzas sociales necesitan innovaciones institucionales para sostenerse, las innovaciones institucionales no requieren alianzas preexistentes. Lo único que exigen son agentes de políticos partidistas y programas institucionales, y tener estas alianzas de clase o de grupo como proyecto – como proyecto y no como premisa».

de las narrativas de emancipación social¹². Desde una perspectiva epistemológica diferente –la de un académico modernista que ha hecho el «giro interpretativo»– Kahn ha sostenido recientemente una tesis similar. En su opinión, el problema que enfrenta actualmente la teoría jurídica es que se ha politizado excesivamente, no despolitizado, como yo he venido argumentando, e invoca un giro decisivo en el estudio del derecho hacia el estudio de la cultura y de la conciencia jurídicas¹³.

Llego así al tercer pilar, el derecho como principio e instrumento universal del cambio social políticamente legitimado. Si la moderna concepción del derecho reduce la capacidad transformadora del derecho a lo que ha sido legitimado por el Estado, la concepción posmodernista celebratoria elimina por completo la idea del cambio social llevado a cabo a través del derecho. Es aquí donde la razón cínica del posmodernismo celebratorio resulta más evidente. El desencanto con cualquier proyecto político que vaya más allá del lugar de trabajo –y de la torre del marfil en particular– es evidente, por ejemplo, en el giro posmoderno derrideano de antiguos académicos de *Critical Legal Studies* tales como David Kennedy y Duncan Kennedy¹⁴. Por el contrario, la posición que sostengo concibe una amplia repolitización del derecho como condición para que la tensión dialéctica entre regulación y emancipación sea reconsiderada por fuera de los límites de la modernidad. En lo que respecta al derecho, tales límites implicaron reducir la legitimidad a la legalidad, y así fue como la emancipación terminó siendo absorbida por la regulación. El problema acerca de qué es la legitimidad y qué es la legalidad, y acerca de la relación entre ambas, es fundamental para mi propuesta teórica en este libro. El entrelazamiento de legalidad y legitimidad está tan profundamente inscrito en la concepción moderna predominante del derecho que el proponer separarlos puede parecer utópico y ser objeto de crítica precisamente por esta razón. Dada la estrecha concepción del pragmatismo y del realismo que terminaron prevaleciendo y con las que vivimos actualmente, recuperar la utopía es, en mi opinión, una de las condiciones del nuevo realismo –un realismo más amplio que puede impedir la reducción de la realidad a lo que existe–.

La respuesta afirmativa a la pregunta: ¿puede el derecho ser emancipatorio? –a la que dedico el último capítulo– depende de una serie de condiciones que, como veremos, no son el resultado de ninguna deducción a partir de los postula-

¹² Para una crítica de la conciencia jurídica en los estudios sociojurídicos, ver García-Villegas, 2003.

¹³ Kahn, 2000: 27: «No podemos estudiar el derecho si estamos ya comprometidos con él [...] Una nueva disciplina del derecho debe concebir su objeto de estudio y su propia relación con este objeto de una manera que no comprometa al académico, en ese mismo momento, con aquellas prácticas constitutivas del orden jurídico».

¹⁴ Por ejemplo, Duncan Kennedy, 1997, al desconstruir el discurso jurídico de la corriente principal, busca escandalizar más bien que transformar: «está dirigido a *épater les bourgeois* (más bien que a nacionalizar sus propiedades), en las modalidades de agresión y de exhibicionismo [propiciadas por la desconstrucción]» (p. 354). Derivar placer de la desconstrucción –«el placer de despojarse de la piel muerta de la Razón» (p. 344)– se convierte a menudo, dentro de este enfoque, en un fin en y por sí mismo.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

50

dos de la modernidad occidental, como sucede en el caso de Unger. Surgen más bien de la práctica de grupos y clases socialmente oprimidos. Luchando contra la opresión, la exclusión, la discriminación y la destrucción del medio ambiente, estos grupos recurren al derecho o, más bien, a diferentes formas del derecho, como un instrumento más de oposición. Lo hacen ahora dentro o fuera de los límites del derecho oficial moderno, movilizándolo diversas escalas de legalidad (locales, nacionales y globales), y construyendo alianzas translocales e incluso transnacionales. Estas luchas y prácticas son lo que alimentan lo que llamo luego globalización contrahegemónica. En general, no privilegian las luchas jurídicas, pero en la medida en que recurren a ellas, devuelven al derecho su carácter insurgente y emancipatorio. A estas prácticas, tomadas en su conjunto, las designo como cosmopolitismo subalterno, un concepto que desarrollo en el capítulo noveno.

En síntesis, mi concepción posmoderna de oposición del derecho se distingue claramente de las posiciones modernistas y del papel que éstas le atribuyen al derecho en el cambio social, sea el modernismo moderado de Twining o el modernismo maximalista de Unger. Pero difiere igualmente de las posiciones posmodernas celebratorias, sean el posmodernismo liquidador de Duncan Kennedy o de David Kennedy, o el posmodernismo escéptico (derrideano y freudiano) de Peter Fitzpatrick (2001).

No obstante, la concepción del derecho que sostengo ha sido criticada a menudo por los modernistas por ser posmoderna —es el caso de Twining, con independencia de que coincidamos en otras ideas— y por autores posmodernos por ser modernista —como sucede en el caso de la crítica de Fitzpatrick (2001: 191)¹⁵—. Estoy dispuesto a conceder que esta diversidad de lecturas de mi trabajo se fundamente en la ambivalencia o, en el mejor de los casos, en la complejidad de mi tercera vía entre el modernismo y el posmodernismo celebratorio. Lo que está por verse todavía, como lo sugerí antes, es si esto debe ser interpretado como un signo de debilidad o, por el contrario, como un signo de fortaleza. Propongo, sin embargo, que en lugar de detenernos en disputas sobre etiquetas —que recuerdan debates nominalistas a los que es mejor dejar en paz— deberíamos concentrarnos en el contenido de las diferentes posiciones y en sus contribuciones a la construcción de un mundo mejor.

¹⁵ Análogamente, Warwick Tie, 1999, considera que mi posición es moderadamente realista o bien neo-realista.

2

EL PLURALISMO JURÍDICO Y LAS ESCALAS DEL DERECHO: LO LOCAL, LO NACIONAL Y LO GLOBAL

I. Introducción

Desde un punto de vista sociológico, y en contra de lo que la teoría política liberal hace suponer, las sociedades contemporáneas son jurídica y judicialmente plurales. En ellas circulan no uno sino varios sistemas jurídicos y judiciales. El hecho de que sólo uno de estos sea reconocido oficialmente como tal, naturalmente afecta el modo como los otros sistemas operan en las sociedades, pero no impide que tal operación tenga lugar. Esta relativa desvinculación del derecho con respecto al Estado significa que el Estado-nación, lejos de ser la única escala natural del derecho, es una entre otras. No obstante, el Estado-nación ha sido la escala y el espacio-tiempo más central del derecho durante los últimos doscientos años, particularmente en los países del centro del sistema mundo. Con el positivismo jurídico esta centralidad sociológica (más o menos intensa) fue transformada en una concepción político-ideológica que convirtió al Estado en la fuente única y exclusiva del derecho. La imposición de esa ideología del «centralismo jurídico», como la llamó Griffiths, es un legado de las revoluciones burguesas y de la hegemonía liberal que fortalecieron el vínculo y la equiparación entre el derecho y el derecho estatal, entendido como orden uniforme para todos y administrado por instituciones estatales. Los demás órdenes normativos fueron considerados «inferiores» (desde los ordenamientos de la Iglesia hasta los de la familia, las asociaciones voluntarias, las organizaciones económicas, etc.) y, por tanto, encuadrados jerárquicamente como instancias subordinadas al derecho y al aparato institucional del Estado (Griffiths, 1986: 3).

La centralidad del Estado-nación sólo fue posible porque las otras escalas, la local y la global, fueron formalmente declaradas no existentes por la teoría política liberal. En este capítulo, teorizo brevemente sobre estas escalas, de forma que pueda preparar el terreno para los capítulos 4, 5 y 6, en los que me centro en las escalas locales y globales y en sus interrelaciones con la escala del Estado-nación. Mi intención en éste y en los próximos tres capítulos es triple. En primer lugar, trato de demostrar que el campo del derecho en las sociedades contemporáneas y en el sistema mundo en su totalidad es un terreno mucho más complejo y rico de lo que se ha asumido por la teoría política liberal. En segundo lugar, me propongo demostrar que un campo jurídico así es una constelación de diversas legalidades (e ilegalidades) que operan en escalas locales, nacionales y globales. Por último, defiendo que si se concibe de esta manera, el derecho tiene tanto un potencial regulatorio o incluso represivo como un potencial emancipatorio, siendo este último mucho mayor de lo que el modelo de cambio normal jamás haya postulado. La manera en que el potencial del derecho evoluciona, ya sea hacia la regulación

I Para una nueva teoría crítica del derecho

52

o la emancipación, no tiene nada que ver con la autonomía o reflexividad propia del derecho, sino con la movilización política de las fuerzas sociales que compiten entre sí.¹

Esta concepción del campo jurídico representa que cada acción sociojurídica está enmarcada por tres escalas, siendo una de ellas la que domina y de ese modo la que proporciona el perfil general de la acción. La acción sociojurídica no se puede comprender en su totalidad si no se toman en consideración otras escalas presentes de alguna forma, aunque ésta sea recesiva, y sus articulaciones con la escala dominante. En éste y en los próximos tres capítulos, presento algunos estudios empíricos que ilustran este concepto sociológico del campo jurídico. El campo jurídico analizado en el capítulo 4 es predominantemente local, pero sus articulaciones con la escala nacional son un tema destacado y se analizan en profundidad. En el capítulo 5, el campo jurídico es predominantemente nacional. Sin embargo, las conexiones con las escalas locales y globales son evidentes. En los capítulos 6 y 7, el campo jurídico es predominantemente global. En cualquier caso, los vínculos con otras escalas se señalan con claridad.

II. El pluralismo jurídico

1. El concepto de derecho

La concepción sociológica del campo jurídico que aquí se presenta exige un concepto de derecho lo suficientemente amplio y flexible como para capturar las dinámicas sociojurídicas en sus muy distintas estructuras de tiempo y espacio. El concepto de derecho propuesto por parte de la teoría política liberal –la ecuación entre la Nación, el Estado y el derecho– y elaborado por el positivismo jurídico de los siglos XIX y XX es demasiado reductor para nuestros propósitos porque tan solo reconoce una de las escalas: la nacional.

La supremacía de la escala del Estado-nación en el análisis sociojurídico no sólo contribuyó a angostar el concepto de derecho al vincularlo con la autoridad del Estado, sino que también impregnó ciertas concepciones del pluralismo jurídico con una ideología de centralismo estatal. Éste fue el caso de la imposición colonial del derecho europeo. Este derecho, en cuanto orden estatal, no era ni empírica ni históricamente el único vigente en los territorios coloniales. Sin embargo, el pluralismo jurídico utilizado como técnica de gobierno permitió el ejercicio de la soberanía colonial sobre los diferentes grupos (étnicos, religiosos, nacionales, geográficos, etc.), reconociendo los derechos precoloniales para manipularlos, subordinarlos y ponerlos al servicio del proyecto colonial. Por ello, Griffiths le da a esta concepción el nombre de «pluralismo jurídico en sentido débil»², dado que los derechos pre-

1 Sobre este tema véase Santos 2003b: 133-216.

2 En contraste con ese pluralismo en sentido débil, Griffiths define el «pluralismo jurídico en sentido fuerte» como una concepción analítica que capte el pluralismo como hecho, como estado de cosas empírico. Con ese fin, opta por la concepción de «campo social semiautónomo» de Sally Falk Moore y define el derecho como una autorregulación de cada campo social (Moore, 1978).

coloniales no son reconocidos en sus propios términos sino puestos al servicio de una dominación altamente centralizada, la dominación colonial. El reconocimiento de los derechos tradicionales por parte del derecho colonial europeo implica una noción del derecho que, en última instancia, está sustentada en una única fuente de validez que determina con exclusividad lo que debe ser considerado como derecho.

En ese sentido, también el pluralismo jurídico puede ser una de las formas mediante las cuales se manifiesta la ideología del centralismo jurídico. Esa concepción del pluralismo jurídico es, hoy en día, uno de los principales legados que la expansión europea le dejó a los sistemas jurídicos nacionales no europeos. De esta forma, el proceso de construcción nacional en las sociedades que se liberaron del colonialismo está también forjado por la ideología de la centralidad y la unicidad del Estado-nación, esto es, la creencia de que la construcción del Estado moderno exige la homogeneización de las diferencias sociales y territoriales (Griffiths, 1986: 5-8). En el capítulo 5, al abordar el pluralismo jurídico en Mozambique ilustraré tanto el uso colonial del pluralismo jurídico como el legado del centralismo jurídico. La primera situación ocurrió en las primeras décadas del siglo XX, con la integración de las autoridades tradicionales en la administración de la entonces colonia. La segunda tuvo lugar después de la independencia (1975), cuando el deseo de construir una cultura nacional y un Estado moderno que estuviera por encima de las etnias llevó al partido gobernante a adoptar una posición hostil frente a las autoridades tradicionales.

En una revisión de la bibliografía sobre el tema de la pluralidad de órdenes jurídicos, Sally Merry distinguió dos períodos en el debate sobre el tema: 1) el pluralismo jurídico clásico; y 2) el nuevo pluralismo jurídico³. El pluralismo jurídico clásico se refiere a las investigaciones sobre las sociedades coloniales y poscoloniales y abarca, por lo tanto, a las situaciones que Griffiths clasifica como pluralismo jurídico en sentido débil, al igual que a otros análisis de las intersecciones entre el derecho indígena y el derecho europeo. El nuevo pluralismo jurídico, por su parte, se refiere a la aplicación del concepto a sociedades no colonizadas, particularmente en los países industrializados. Este tipo de pluralismo promueve un cambio de perspectiva: la relación entre el sistema jurídico oficial y los otros órdenes que se articulan con él deja de ser vista como algo apartado o diferente y es abordada como una relación más compleja e interactiva, en la que se ve a la pluralidad jurídica como parte del campo social. Mientras que en el pluralismo clásico la restricción del análisis a las relaciones colonizador-colonizado facilitaba el estudio por tratarse de órdenes normativos diferentes en su estructura conceptual, el nuevo pluralismo jurídico amplía el campo de análisis para percibir legalidades múltiples entrelazadas. Este último, por tanto, tiene mayores dificultades para establecer la frontera entre lo jurídico y lo no jurídico, e incluso corre el riesgo de clasificar como derecho a cualquier tipo de control social (Merry, 1988: 872-874). De ahí que el primer reto de cualquier estudio sobre la pluralidad jurídica sea la definición del derecho. Actualmente, con la ampliación del ámbito de análisis del pluralismo jurídico, esta tarea se hace aún más ardua.

3 Como se verá más adelante, agrego un tercer período a la tipología de Merry.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

54

Como expliqué en otro lugar (Santos, 1979b: 65-66), esa necesidad de revisar el concepto de derecho a la luz del nuevo pluralismo jurídico también puede ser explicada por las transformaciones que sufrió la división del trabajo científico entre la sociología y la antropología a partir de la segunda mitad del siglo XX. De manera general, la sociología y la antropología del derecho se repartían el trabajo científico de forma tal que la primera se dedicaba al estudio de las sociedades industrializadas, mientras que la segunda se dedicaba al estudio de las sociedades «primitivas». Lo que ocurrió fue que a partir de la década de los sesenta, con la independencia de los países colonizados, se ampliaron las fronteras del campo de conocimiento de ambas disciplinas. De ese modo, la sociología pasó a dedicarse al estudio de las sociedades «subdesarrolladas», del Tercer Mundo, y la antropología volcó su atención también en las sociedades industrializadas. Mientras que la sociología, por haberse concentrado inicialmente en el estudio de estas últimas, tendió a absorber los conceptos de la ciencia jurídica, la antropología, al girar hacia el estudio de esas sociedades, se vio en la necesidad de formular un concepto propio del derecho. Los antropólogos antes solían ocuparse de unas sociedades sin ciencia jurídica y, dadas la distancia entre dichas sociedades y la regulación de las sociedades industrializadas, los conceptos de la ciencia jurídica metropolitana no tenían sentido para sus fines analíticos.

Siguiendo la literatura antropológica jurídica y la filosofía del derecho antipositivista de comienzos del siglo XX, concibo el derecho como un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos que se considera exigible —es decir, susceptible de ser impuesto por una autoridad judicial— en un grupo determinado y que contribuye a la creación, prevención y resolución de disputas a través de discursos argumentativos unidos a la amenaza de la fuerza.

Las críticas al pluralismo jurídico se centran en el concepto de derecho que subyace a la idea de pluralismo. Para Brian Tamanaha, por ejemplo, el concepto de pluralismo jurídico da lugar a dos problemas irresueltos. De un lado, las definiciones de derecho de los pluralistas jurídicos sufren de una incapacidad crónica para diferenciar el derecho de la vida social y, más concretamente, para distinguir las normas jurídicas de las normas sociales. De otro lado, no hay un consenso sobre una definición de derecho que pueda ser usada por los investigadores del tema. Para Tamanaha, estos problemas provocan dificultades para recoger datos y observaciones acumulativas, además de dar lugar a categorías menos refinadas y reducir las posibilidades de hacer un análisis riguroso (2000: 298-300 y 302).

Según este autor, los pluralistas jurídicos están de acuerdo en la siguiente proposición negativa: no todos los fenómenos relacionados con el derecho, ni todos los fenómenos similares al derecho, se originan en el poder estatal. De esta afirmación concluyen el carácter jurídico de todos los demás tipos de órdenes normativas no vinculadas al Estado. El alcance de esos órdenes, ampliado así de manera indiscriminada, puede llevar a una situación de indefinición en la que no se sabe cuándo

se deja de hablar del derecho y se comienza a hablar de la vida social en general⁴.

Refiriéndose específicamente a mi definición del derecho, Tamanaha la critica con los varios argumentos. En primer lugar, es una definición esencialista, en cuanto especifica lo que cree que son los rasgos esenciales del derecho y, por tanto, toda práctica social en la que falten esas características no podría ser catalogada como derecho. En segundo lugar, es funcionalista por basarse en la idea de que la función del derecho es mantener el orden social de un grupo a través de la aplicación de normas y la resolución de litigios. Mi respuesta a las objeciones de Tamanaha quedará más clara tras una exposición de dos elementos esenciales de mi definición de pluralismo jurídico, esto es, los componentes y espacios estructurales del derecho.

2. Los componentes y espacios estructurales del derecho

Considero que son tres los componentes estructurales del derecho: la retórica, la burocracia y la violencia. La retórica no es solo un tipo de conocimiento, sino también una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión o convicción mediante la movilización del potencial argumentativo de secuencias y artefactos verbales y no verbales que han sido aceptados. La retórica como un componente estructural del derecho está presente, por ejemplo, en prácticas jurídicas como el acuerdo amistoso de un litigio, la mediación, la conciliación, la justicia en equidad, etc. La burocracia es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisión basada en imposiciones autoritarias a través de la movilización del potencial demostrativo de los procedimientos regularizados y los estándares normativos. La burocracia es el componente dominante del derecho estatal y está presente en las prácticas jurídicas como la adjudicación de casos por los tribunales (juego de suma cero). Finalmente, la violencia es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza de la fuerza física. La violencia se utiliza por los actores gubernamentales –por ejemplo, la policía– para imponer el derecho estatal o por los grupos ilegales –por ejemplo, por las mafias– para imponer el código que regula sus actividades.

Estos componentes estructurales no son entidades fijas; varían internamente y en sus articulaciones recíprocas. Los campos jurídicos son constelaciones de retórica, burocracia y violencia. Se distinguen por las distintas articulaciones de la retórica, burocracia y violencia que les caracteriza. Sin embargo, un campo jurídico complejo, como el derecho estatal moderno, puede abarcar diferen-

4 De manera general, los intentos de formular conceptos del derecho a partir de los cuestionamientos de la antropología han oscilado entre una posición más genérica que identifica el derecho como cualquier tipo de control social (aproximándose, así, a la noción de Malinowski) y una posición más específica que enuncia características esenciales de lo que se denomina derecho. Esta segunda posición sigue las líneas teóricas de Radcliffe-Brown, para quien el derecho se definía como «el control social a través de la aplicación sistemática de la fuerza de la sociedad políticamente organizada» (Santos, 1979b: 70 y 72)

I Para una nueva teoría crítica del derecho

56

tes articulaciones en distintos sub-campos. Por ejemplo, en el derecho penal, la constelación jurídica puede estar dominada por la violencia y la burocracia, en el derecho administrativo por la burocracia y en el derecho de familia por la retórica. En efecto, la plasticidad del derecho estatal moderno es posible sobre todo porque abarca una diversidad de articulaciones estructurales. El hecho de comparar los campos jurídicos en cuanto a las diferentes articulaciones de los componentes estructurales que constituye cada campo puede servir para iluminar el análisis sociológico del derecho. Para contribuir a este análisis comparativo sociojurídico, distingo tres grandes tipos de articulación entre la retórica, la burocracia y la violencia: la covariación, la combinación geopolítica y la interpenetración estructural.

La *covariación* hace referencia a la correlación cuantitativa entre los componentes estructurales de los diferentes campos jurídicos. En el capítulo 4, describo un campo jurídico –el derecho de Pasárgada, una *favela* brasileña– donde la retórica es el componente dominante, mientras que la burocracia y la violencia son ambas recesivas. Aquí se da un contraste total con el derecho estatal, donde la burocracia y la violencia predominan en detrimento de la retórica. En realidad, la tendencia secular (de los últimos doscientos años) se ha orientado hacia una retracción gradual de la retórica y una expansión gradual de la burocracia y de la violencia. El hecho de que la violencia haya crecido conjuntamente con la burocracia ha contribuido a ofuscar el carácter violento del campo del derecho estatal. Por muy complejos e internamente diferenciados que sean, los campos jurídicos globales analizados en los capítulos 6 y 7 –desde la *lex mercatoria* al derecho internacional de los pueblos indígenas– parecen apuntar a nuevas configuraciones estructurales. Aunque se caracterizan, en general, por tener bajos niveles de burocracia, los combinan en algunos casos con altos niveles de retórica y bajos niveles de violencia, y en otros casos, con altos niveles de violencia y bajos niveles de retórica. Los bajos niveles de burocracia en los campos jurídicos globales se explican por el hecho de que la multitud de instituciones del Estado-nación no tienen homólogos al nivel global o interestatal. El crecimiento gemelo de la burocracia y la violencia, que hasta épocas recientes caracterizaba la escala nacional del campo jurídico, parece de esta manera ser un proceso que está ocurriendo en todas las escalas del derecho. No obstante, como ha señalado Baxi (2002a), la «guerra global contra el terrorismo» lanzada por los Estados Unidos tras los ataques del 11 de septiembre del 2002 aumentó drásticamente el uso de la violencia unilateral como medio para la resolución de un conflicto global. El rechazo concomitante de Estados Unidos a unirse al Tribunal Penal Internacional –esto es, precisamente a una institución que encarna un sistema penal internacional basado en la burocracia y la retórica en vez de la violencia unilateral– recalca todavía más el surgimiento de la violencia como un componente estructural del campo jurídico global.

Extendiéndome en relación con estos hallazgos y con los de los capítulos 4 y 7, sugiero como hipótesis general las siguientes relaciones: cuanto más alto sea el nivel de institucionalización burocrática de la producción jurídica menor será

el espacio retórico del discurso jurídico, y viceversa; y cuanto más poderosos sean los instrumentos de violencia al servicio de la producción jurídica más pequeño será el espacio retórico del discurso jurídico, y viceversa. Con respecto a la primera correlación, la violencia puede operar como una variable interviniente en las relaciones entre la burocracia y la retórica, en cuyo caso los bajos niveles de burocracia pueden combinarse con los bajos niveles de retórica si los niveles de violencia son altos.

La *combinación geopolítica* es una forma de articulación centrada en la distribución interna de la retórica, la burocracia y la violencia de un determinado campo jurídico. Mientras la covariación hace referencia a pautas de articulación entre componentes estructurales en general, la combinación geopolítica se centra en la articulación entre diferentes pautas de un determinado campo jurídico. Las diferentes articulaciones generan diferentes formas de dominación política. Según sea el componente que domine una articulación concreta, tendremos una dominación política basada o en la adhesión voluntaria por persuasión o convicción, o en estrategias demostrativas que lleven a imposiciones autoritarias, o finalmente, en el ejercicio violento del poder. En los campos jurídicos complejos se pueden encontrar diferentes formas de dominación en las distintas áreas de acción político-jurídica. En otras ocasiones he podido analizar el «movimiento» hacia «la informalización de la administración de justicia» de finales de los años setenta y los años ochenta del siglo pasado en este sentido, defendiendo que el aumento de la retórica –y el descenso conjunto de la burocracia y la violencia– en las áreas jurídicas seleccionadas para la informalización apuntaron a un cambio de dominación política. Sin embargo, dicho cambio debería evaluarse geopolíticamente en relación a otras áreas jurídicas –como el derecho penal, el derecho laboral y el derecho del bienestar social– en las que puede identificarse un aumento de la violencia o de la violencia junto a la burocracia en detrimento de la retórica (Santos, 1980a: 379-397).

La tercera gran clase de articulación entre la retórica, la burocracia y la violencia es la *interpenetración estructural*. Ésta es el tipo de articulación más complejo porque consiste en la presencia y reproducción de un determinado componente dominante dentro de uno dominado. Su complejidad no sólo radica en que supone el análisis de múltiples procesos cualitativos, sino también, que sólo es inequívocamente debatible en los periodos históricos largos. Las relaciones entre la cultura oral y escrita así lo ilustran. Se ha establecido que estas dos formas de producción cultural tienen diferentes características estructurales (Ong, 1971 y 1977). Por ejemplo, la cultura oral se centra en la conservación (el *stock*) del conocimiento, mientras que la cultura escrita se centra en la innovación. La cultura oral está completamente colectivizada, mientras que la cultura escrita permite la individualización. La unidad básica de la cultura oral es la máxima mientras la unidad básica de la cultura escrita es la palabra. Si observamos la historia cultural moderna a la luz de estas distinciones, resulta evidente que hasta el siglo XV la cultura europea, y por consiguiente, la cultura jurídica europea, era por naturaleza predominantemente oral. A partir de entonces, la cultura escrita se

I Para una nueva teoría crítica del derecho

58

expandió gradualmente y la cultura oral se retrajo. Pero desde el siglo XV hasta el siglo XVIII, es evidente que la estructura de la cultura escrita todavía tenía que consolidarse y que su funcionamiento estaba impregnado de la lógica interna de la cultura oral. Dicho de otro modo, la gente entonces escribía de la misma forma que se expresaba y opino que esto se percibe en los escritos jurídicos de la época. En la segunda fase, desde el siglo XVIII hasta las primeras décadas del siglo XX, la palabra escrita dominó nuestra cultura. Pero entonces, la radio y los medios audiovisuales redescubrieron el sonido de la palabra e iniciamos un tercer periodo: un periodo de oralidad secundaria. Sin embargo, este resurgimiento de la cultura oral es diferente al anterior periodo de cultura oral dado que las estructuras de la cultura escrita impregnan, penetran y contaminan la nueva cultura oral. En otras palabras, hablamos como escribimos. Si pensamos en el Estado moderno en este contexto, mi tesis es que la retórica no sólo se reduce cuantitativamente, sino que la burocracia y la violencia dominantes también la «contaminan» o «infiltran», interna y cualitativamente. En mi análisis anteriormente señalado sobre el movimiento de justicia informal y con respecto a la burocracia, analicé los tipos de argumentos que tendían a ser más persuasivos en los entornos informales para poder ver si, por ejemplo, los argumentos y modos de razonar que dependían de la lógica burocrática y el discurso se estaban desarrollando en un entorno no burocrático. El objetivo era descubrir hasta qué punto la burocracia (y posiblemente también la violencia) se estaba expandiendo en forma de retórica en las reformas que se dirigen a la informalización de la justicia (Santos, 1980a: 387).

Los elementos estructurales del derecho no siempre son percibidos o analizados en sus complejas interrelaciones porque la centralidad del Estado tiende a aminorar el uso de la violencia y de la retórica y elevar al derecho en cuanto producto burocrático, oficial y público destinado al control de la organización de la sociedad civil y de las relaciones privadas, en detrimento del derecho «no oficial». En realidad, la creencia en la exclusividad de la producción jurídica estatal reposa en ciertas dicotomías: público/privado, Estado/sociedad civil, oficial/no oficial que, en el fondo, contribuyen a despolitizar los demás dominios de la vida social y, así, a ocultar que el hecho de que el poder y el derecho se reproducen en muchos otros espacios.

Afirmo la existencia de seis espacio-tiempos estructurales en los que las diferentes articulaciones posibles entre retórica, burocracia y violencia producen diferentes tipos de derecho y, por tanto, de pluralismo jurídico. Ellas son: el espacio-tiempo doméstico, el espacio-tiempo de la producción, el espacio-tiempo del mercado, el espacio-tiempo de la ciudadanía, el espacio-tiempo de la comunidad y el espacio-tiempo mundial⁵. En cada uno de estos espacio-tiempos estructurales, entiendo el derecho no como un sistema autónomo y cerrado, sino como una

5 Mi teorización de los espacios estructurales forma parte de un esquema conceptual más complejo en el que explico los modos de producción del poder, del derecho y del sentido común en las sociedades capitalistas. Los abordo aquí de forma simplificada sólo para explicar cómo componen mi concepción del pluralismo jurídico. Para más detalles, ver Santos, 2003b: 297-374.

reproducción de la legalidad bajo la forma de constelaciones jurídicas de cuyas articulaciones pueden resultar normatividades entrelazadas. En este sentido, los espacio-tiempos estructurales no tienen fronteras rígidamente definidas y el contacto entre las diferentes formas de derecho de cada uno de ellos da lugar a una hibridación jurídica, es decir, a una constelación de diferentes concepciones y prácticas del derecho. Por ejemplo, el derecho de familia oficial atraviesa la articulación entre el derecho del espacio-tiempo de la ciudadanía y el espacio-tiempo doméstico. De forma similar, la articulación entre el derecho del espacio-tiempo de la ciudadanía, el derecho del espacio-tiempo de la producción y el derecho del espacio-tiempo del mercado genera el derecho de los contratos, el derecho laboral y el derecho del consumo.

La defensa de un pluralismo jurídico cuyos órdenes normativos sólo resultan de constelaciones diferentes de espacio-tiempos estructurales exige un derecho capaz de desempeñar una variedad de funciones. Al criticar el funcionalismo presente en algunas definiciones de derecho, Tamanaha advierte que un concepto del derecho fundado en la confianza de que el orden jurídico desempeña el papel de fuente primaria del orden social presenta una doble falla: 1) presupone que el derecho juega un papel central en el sostenimiento del orden social, y 2) excluye otras funciones y efectos posibles del derecho. El derecho puede ser usado para cumplir otras funciones con propósitos tales como habilitar, facilitar, conferir estatus, definir, legitimar, conferir poder, o ser usado como instrumento de venganza y reivindicación, entre otras (Tamanaha, 2000: 301 y 302).

En mi definición del derecho, la posibilidad de que la retórica, la burocracia y la violencia covaríen, se combinen e interpenetren (siendo dominantes o recesivos en diferentes campos jurídicos) implica necesariamente la suposición de que, a pesar de que el control social y la resolución de litigios representan funciones centrales en un sistema jurídico, el derecho también cumple una amplia gama de funciones. Algunas de ellas potencian al máximo el uso de la violencia y sirven, por ejemplo, para la venganza. Otras llevan a la utilización máxima de la retórica y contribuyen a la legitimación de las relaciones de poder o a transformarlas. En realidad, al afirmar el funcionalismo de mi concepción del derecho, es Tamanaha quien no logra ver otra función para la aplicación de las normas y la resolución de litigios que no sea la preservación del orden social. En el próximo capítulo, al analizar el sistema judicial, mostraré que, en el funcionamiento cotidiano de los juzgados —el lugar de aplicación de las normas y la resolución de litigios por excelencia— se cumplen tres tipos de funciones: instrumentales, simbólicas y políticas.

Pasando a otra de las críticas de Tamanaha, a la advertencia hecha por él contra el esencialismo de los conceptos del derecho admitidos por muchos pluralistas jurídicos contrapongo el peligro de trivialización que está presente en la defensa de una concepción no esencialista del derecho. Aunque algunas concepciones son esencialistas por enunciar las características del derecho, al mismo tiempo ellas especifican qué prácticas sociales pueden recibir el calificativo de «jurídico» y, así, evitar la falacia de la trivialización: si el derecho está en todas partes, no está en ninguna parte. En mi concepción del derecho, aunque, por un

I Para una nueva teoría crítica del derecho

60

lado, rechazo la trivialización al enunciar los espacios estructurales en los que se reproduce el derecho, por otro lado, ofrezco una concepción suficientemente amplia como para que sirva de herramienta analítica para estudiar el fenómeno del pluralismo jurídico en sus diferentes contextos. En ese sentido, concuerdo con Merry cuando afirma que definir la esencia del derecho o de la costumbre es menos útil que situar estos conceptos en el conjunto de las relaciones entre los órdenes jurídicos particulares en los contextos históricos específicos (1988: 889). Al contrario de la impresión que dan los críticos del pluralismo jurídico, la búsqueda de una concepción única y transcultural de derecho que fundamente y le dé rigor al análisis del pluralismo jurídico es inútil, porque en cada sociedad las articulaciones entre los órdenes jurídicos asumen configuraciones distintas aunque se tome como punto de partida dicotomías fijas tan caras al pensamiento jurídico moderno como formal/informal y oficial/extraoficial.

3. El debate teórico

Como vengo diciendo, el amplio concepto de derecho que aquí se adopta junto a la idea de que el derecho opera en tres escalas (local, nacional y global) y seis espacios-tiempo (doméstico, producción, comunidad, mercado, ciudadanía, mundial) distintos significa que las sociedades modernas son, en términos socio-jurídicos, formaciones jurídicas o constelaciones jurídicas. En vez de ordenarse según un único sistema jurídico, las sociedades modernas se rigen por una pluralidad de órdenes jurídicos, que se interrelacionan y distribuyen socialmente de distintas formas en el campo social. Esto plantea el debate del pluralismo jurídico. La discusión de este tema ha sido uno de los debates centrales en la sociología y la antropología del derecho así como, aunque de un modo distinto, en la filosofía del derecho. La existencia de un debate central sobre el pluralismo jurídico es significativa por sí misma –particularmente por el objetivo que se propone este libro, de repensar el derecho– y merece la pena analizarla. Antes de intentarlo, no obstante, me gustaría exponer desde el principio que probablemente este debate, al menos como otros debates en otras disciplinas, es un debate parcialmente falso o formulado de forma inadecuada. Para empezar, la denominación de «pluralismo jurídico» posee una clara connotación normativa, en el sentido de que lo que se designe por ella debe ser bueno porque es pluralista o, en cualquier caso, mejor que lo que sea su homólogo no pluralista. Esta connotación puede llegar a ser una fuente de error y debería por tanto obviarse. En mi opinión, no hay nada inherentemente bueno, progresivo o emancipatorio sobre el «pluralismo jurídico». En efecto, hay ejemplos de pluralismo jurídico que son bastante reaccionarios. Baste con mencionar los órdenes jurídicos altamente represivos y violentos, que han sido establecidos por grupos armados –por ejemplo, de fuerzas paramilitares en connivencia con Estados represivos– en los territorios que controlan. Por esta razón, cuando he de tratar los temas que han estado tradicionalmente asociados al pluralismo jurídico, yo prefiero hablar de una pluralidad de órdenes jurídicos en lugar de utilizar la expresión pluralismo jurídico.

La inadecuación del «pluralismo jurídico» se remonta a los orígenes del

concepto como concepto científico. El concepto se originó a finales del siglo XIX en la filosofía jurídica antipositivista europea como una reacción contra la reducción del derecho al derecho estatal llevada a cabo por el movimiento de codificación y elaborada por el positivismo jurídico⁶. Fue una reacción contra el centralismo jurídico del Estado o el exclusivismo, basada en la exigencia de que, en realidad, el derecho estatal estaba lejos de ser exclusivo, y en algunos casos no era ni siquiera central en la ordenación normativa de la vida social. Si observamos la vida sociojurídica en las sociedades europeas durante el periodo del movimiento de codificación, resulta evidente que la reducción del derecho al derecho estatal fue, más que nada, el resultado de una decisión política, y que la realidad política estaba del lado de los «pluralistas jurídicos». Sin embargo, con la consolidación y expansión del Estado liberal constitucional, y con la conversión de la hipótesis legal positivista en una tesis hegemónica (esto es, de sentido común) sobre el derecho, el centralismo o exclusivismo jurídico del Estado desapareció como tal y se convirtió en un derecho *tout court*. Desde entonces, los pluralistas jurídicos han tenido que soportar la carga de la prueba de definir el derecho como algo distinto al derecho estatal. Como consecuencia de que el positivismo jurídico añadiera solidez analítica a su inicial orientación política, las reivindicaciones analíticas del pluralismo jurídico se vieron involucradas en una política de definición del derecho.

Cuando el pluralismo jurídico se convirtió en un debate central de la sociología y antropología del derecho, a partir de los años sesenta del siglo pasado en adelante, se rompió la unión de preocupaciones analíticas y políticas, aunque la mayor parte del tiempo este hecho pasó desapercibido⁷. Debido a que el positivismo científico dominaba estas disciplinas, se dio una absoluta preeminencia a las reivindicaciones analíticas del pluralismo jurídico, a la vez que las reivindicaciones políticas fueron barridas bajo la alfombra. En otras palabras, el pluralismo jurídico se convirtió en un instrumento analítico que permitió una descripción más sólida del derecho como acción, mientras que su reto político contra un Estado cuya legitimidad se basa en el monopolio del derecho se dejó inactivo o fue marginado. En un giro curioso, el positivismo científico se enfrentó al pluralismo jurídico neutralizando las reivindicaciones políticas de este último en nombre de reivindicaciones alternativas que, a pesar de ser de naturaleza igualmente política, podían defenderse, de forma convincente, como analíticas. El hecho de que este complejo entrelazamiento de reivindicaciones analíticas y políticas raras veces se haya reconocido, ha ocultado el debate hasta nuestros días⁸. El debate paradigmático del derecho moderno requiere que tal reconocimiento se haga íntegramente y

6 Véase Ehrlich, 1936; Bobbio, 1942; Del Vecchio, 1957 y Carbonnier, 1979.

7 Véase, entre otros, Nader, 1969; Hooker, 1975; Moore, 1978; Galanter, 1981; Macaulay, 1983; Fitzpatrick, 1983; Griffiths, 1986; Merry, 1988; Starr y Collier (eds.), 1989; Chiba, 1989; Benda-Beckmann, 1988 y 1991 y Tamanaha, 1993 y 2001.

8 Starr y Collier (eds.), 1989; Benda-Beckmann, 1991 y Tamanaha, 1993. Estudios recientes sobre el pluralismo jurídico y el poscolonialismo han planteado una crítica similar del positivismo jurídico.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

62

que realmente se conciba como una de las premisas del debate. Por otra parte, en un debate paradigmático, la naturaleza política de muchas reivindicaciones que parecen ser puramente analíticas debe ser traída a un primer plano.

En mi opinión, una concepción amplia del derecho y la idea de que en las sociedades contemporáneas coexisten de manera distinta una pluralidad de órdenes jurídicos, es algo útil para las necesidades analíticas de una estrategia político-cultural que pretende revelar tanto el completo abanico de la regulación social que el derecho moderno hace posible como el potencial emancipatorio del derecho, tras haber sido reconceptualizado en términos de una concepción posmoderna de oposición. Esto significa, en abstracto, que no hay nada progresivo en el concepto de pluralidad jurídica. Lo mismo se puede decir con respecto a los distintos componentes estructurales del derecho. Se puede aplicar especialmente a la retórica. Un contenido progresivo de la retórica depende de la naturaleza de la audiencia retórica, de los tipos de *topoi*, de la distribución social de argumentos razonables, de la relación existente entre la persuasión y la convicción, del grado de infiltración en los debates por parte de la burocracia o la violencia y de otros temas. Además, la idea que aquí se comenta de una pluralidad de órdenes jurídicos trata de contrarrestar el sesgo romántico que se encuentra en gran parte del pensamiento pluralístico jurídico, reconstruyendo el campo jurídico a nivel teórico de manera que evite equiparar de forma simplista todos los órdenes jurídicos que coexisten en una unidad geopolítica determinada, especialmente para evitar negar el centralismo del derecho estatal en los campos sociojurídicos modernos. Por consiguiente, rechazo enérgicamente, como una descuidada y mala interpretación de mi postura, los comentarios que Teubner realiza sobre mi investigación en torno al derecho de Pasárgada (véase el capítulo 4), para aclarar su opinión sobre que «los juristas posmodernos adoran el pluralismo jurídico. Pero no les importa el derecho de un Estado centralizado que tiene aspiraciones universalistas» (Teubner, 1992: 1443). Por el contrario, Twining interpreta mi postura correctamente cuando afirma que yo observo «que existe una tendencia a romantizar el pluralismo, especialmente en el contexto de las reacciones contra la codificación, la centralización y las reivindicaciones al monopolio del poder del Estado. Estoy de acuerdo con [Santos] en que ‘no existe nada intrínsecamente bueno, progresivo o emancipatorio sobre el pluralismo jurídico’. En realidad, existen ejemplos de pluralismo jurídico que son realmente reaccionarios» (2000: 86-87).

Puede que alguien se pregunte: ¿por qué se denomina a estas formas competitivas o complementarias del orden social –desde los mecanismos informales de procesos-debate establecidos por asociaciones de vecinos hasta las prácticas comerciales, códigos impuestos por grupos armados no gubernamentales, etc.– derecho en vez de denominarlas «sistemas de reglas», «gobiernos privados», etc.? Así expuesta, esta pregunta sólo se puede responder con otra pregunta: ¿Por qué no? ¿Por qué ha de ser distinto para el derecho que para la religión, arte o medicina? Tomando el último ejemplo, generalmente se acepta que junto a la medicina oficial, profesionalizada, farmoquímica y alopática, circulen en la sociedad

otros tipos de medicina: tradicional, herbal, comunitaria, mágica y las medicinas no occidentales. ¿Por qué se restringe la denominación de la medicina al primer tipo de medicina, la única reconocida como tal por el sistema de salud nacional? Evidentemente, aquí opera una política de definición del concepto, que debería revelarse totalmente y tratarse en sus propios términos.

A pesar de todas sus insuficiencias y oscuridades, el pluralismo jurídico ha sido, sin duda, uno de los debates centrales en la sociología y antropología del derecho. Desde mi punto de vista, se han de dar cuatro condiciones metateóricas para que un determinado tema se convierta en un debate central y todas ellas están relacionadas con el debate sobre el pluralismo jurídico. En primer lugar, el tema debe ser lo suficientemente amplio y tener una plasticidad inherente que le permita incluir nuevas dimensiones al tiempo que se desarrolla. En segundo lugar, el tema debe tener límites imprecisos de forma que nunca quede del todo claro lo que pertenece y no pertenece al debate. En realidad, conocer lo que se está debatiendo es parte del debate. En tercer lugar, en el campo de la sociología, un tema así debe facilitar un vínculo macro-micro; más concretamente, debe permitir una fácil articulación entre el trabajo empírico y el desarrollo teórico. En cuarto lugar, con un tema así debería poder entablarse un debate con los principales debates de otras disciplinas, para que cada disciplina en cuestión pueda mantener su identidad en debates interdisciplinarios e incluso transdisciplinarios.

No es mi intención analizar en detalle el grado en el que el debate sobre el pluralismo jurídico ha satisfecho estas condiciones metateóricas. Me limitaré a unas notas interpretativas tal como exige el argumento que se expone en los siguientes capítulos. En relación con la primera condición, el debate sobre el pluralismo jurídico es amplio y se ha ampliado todavía más con el transcurso del tiempo. Sally Merry, en su revisión de la literatura sobre el tema, como mencioné anteriormente, distingue dos periodos en este debate: el pluralismo jurídico dentro del contexto colonial y poscolonial y el pluralismo jurídico en las sociedades capitalistas modernas. El segundo periodo es claramente una expansión del debate del primer periodo (Sally Merry, 1988)⁹. En los capítulos 6 y 7, sostengo que estamos entrando en un tercer periodo, el periodo de la pluralidad jurídica posmoderna. La diferencia entre este periodo y los dos anteriores estriba en que mientras antes el debate trataba de los órdenes jurídicos locales que coexistían, infraestado, en la misma escala nacional, ahora versa sobre órdenes jurídicos globales que coexisten, supraestatalmente, en el sistema mundo, tanto con el Estado como con los órdenes jurídicos infraestatales. El capítulo 6 se centra en una visión general de este nuevo contexto de pluralismo jurídico, y el capítulo 7 analiza en detalle el caso concreto de la interconexión entre campos jurídicos globales y nacionales—esto es, el activismo judicial y los programas actuales de reforma judicial como tendencias globales y como procesos nacionales—.

9 La autora limita su periodización al debate en la sociología y antropología del derecho tal como lo conocemos en la actualidad. Como se ha mencionado anteriormente, el primer contexto del debate fue la filosofía jurídica europea (y también la sociología jurídica) de comienzos de siglo.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

64

Pero definir el debate según periodos no significa que un nuevo periodo anula los anteriores. En efecto, los tres periodos no son más que los tres contextos principales o tradiciones dentro de los cuales el debate se continúa manteniendo actualmente por distintos o incluso por los mismos científicos sociales. Los siguientes capítulos representan una buena ilustración. Si se afirma que el análisis del derecho de Pasárgada del capítulo 4 pertenece al segundo periodo del debate, el análisis de la globalización del campo jurídico de los capítulos 6 y 7 pertenece al tercer periodo, mientras que el capítulo 5, sobre el contexto político-jurídico de una sociedad poscolonial, combina temas de los tres periodos del debate sobre el pluralismo jurídico. De hecho, en Mozambique, el derecho global del ajuste estructural impuesto por las agencias financieras multilaterales ha debilitado al Estado, abriendo de ese modo el camino para la reemergencia y fortalecimiento de los sistemas jurídicos locales controlados por las autoridades tradicionales diseñadas o apropiadas por el Estado colonial. La superposición de los diferentes contextos del debate sobre la pluralidad de órdenes jurídicos da fe de la amplitud del debate que, de esta manera, cumple claramente con la primera condición metateórica de un debate esencial.

En relación a la segunda condición para que un tema se convierta en el objeto de un debate central –la imprecisión de las fronteras– lo comentado anteriormente sobre la ambigüedad e inadecuación de la expresión «pluralismo jurídico» también satisface esta condición. Desde el mismo comienzo, en la filosofía jurídica europea de principios de siglo XX, el debate sobre la pluralidad de órdenes jurídicos se ha involucrado con la tarea sisifeana de definir el derecho. Mientras que en el primer periodo del debate fue relativamente fácil –aunque no tan fácil como se creyó durante algún tiempo– distinguir entre los principales órdenes jurídicos en funcionamiento –el derecho colonial, por un lado, y el derecho indígena, por otro– en el segundo periodo esa distinción se volvió mucho más problemática, y es incluso más problemática en el tercer periodo por el que estamos pasando, como muestran los acalorados e interminables debates sobre la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*¹⁰. No obstante, en este último periodo, la vaguedad de las fronteras del debate está menos relacionada con la pregunta acerca de una adecuada definición del derecho –percibida cada vez más como estéril– que con la identificación de las tres escalas del campo jurídico –el local, el nacional y el global– y de las complejas interrelaciones entre ellos¹¹. Algunas de las demandas analíticas complejas que se incluyen aquí se explican en el capítulo 5.

Las últimas dos condiciones metateóricas –el potencial para vínculos macro-micro y el potencial para el trabajo interdisciplinario– están estrechamente relacionadas, y hasta ahora han sido muy parcialmente satisfechas en el debate sobre la pluralidad de órdenes jurídicos. Los siguientes capítulos tratan de plantear el debate a un nivel que permite explorar tanto su potencial macro-micro como su

¹⁰ Véase, finalmente, Muchlinski, 1997.

¹¹ Esto es especialmente evidente en la literatura sobre el pluralismo jurídico vinculada al desarrollo del derecho europeo. Véase, por ejemplo, Delmas-Marty, 2002 y Bercusson, 1997.

potencial interdisciplinario. Hasta ahora, no se ha dado el debido reconocimiento al hecho de que este debate desafía la teoría política liberal –aunque es cuestionable hasta qué punto esto sea algo radical–. Como consecuencia, su «casi obvia» interconexión con temas como la legitimación del Estado, las formas del poder social, las subjetividades jurídicas, las desigualdades socio-económicas, raciales, culturales y de sexo, los modelos de democracia, las políticas de derechos y demás, no se ha elaborado. Por el contrario, ha cristalizado una estricta erudición intelectual sobre el pluralismo jurídico, lo que ha contribuido a reproducir el aislamiento disciplinario (e incluso la marginalidad) de la sociología del derecho y de la antropología del derecho. En las raíces de ese aislamiento radica el hecho de que, en general, ambas disciplinas se han inclinado a interpretar el Estado como algo dado –es decir, como una entidad no problemática– por tanto, a analizar el derecho como fenómeno social antes que como fenómeno político. En realidad, la supuesta autonomía del derecho, tan perseguida por la teoría del derecho, fue solamente posible gracias a la conversión del Estado en una «estructura ausente». Este tipo de conceptualización se ha complementado con frecuencia con una actitud anti-estatal que es muy evidente en gran parte del trabajo académico del pluralismo jurídico. En el capítulo 6, muestro en qué grado, en épocas recientes, el Estado-Nación se ha visto desafiado como una unidad de iniciativa política privilegiada y unificada, y ha sido desplazado del centro tanto por la emergencia de poderosos procesos infraestatales como de poderosos procesos supraestatales. Sin embargo, el análisis de este desafío al centralismo estatal no se beneficiará de ninguna postura romántica o pseudo-radical anti-Estado. El Estado-nación y el sistema interestatal son las formas políticas centrales del sistema de capitalismo mundial, y probablemente así perdurarán en un futuro previsible. Lo que ha ocurrido, no obstante, es que han pasado a un terreno inherentemente debatido, y éste es el nuevo hecho central en torno al que se debe centrar el nuevo análisis: el sistema estatal e interestatal como complejos campos sociales en los que las relaciones sociales locales y globales, el Estado y el no-Estado, interactúan, se fusionan y entran en conflicto en combinaciones dinámicas e incluso volátiles.

Por tanto, los sistemas estatales e interestatales ofrecen algunos de los más amplios contextos desde los que se puede conseguir el debate sobre la pluralidad de órdenes jurídicos de forma provechosa. Concretamente, en relación con el Estado, la estrategia analítica significa «volver a dar centralidad al Estado» pero en cierta forma, al Estado se le devuelve a un «lugar» en el que nunca antes había estado. En las actuales circunstancias, el centralismo del Estado se explica en gran medida por la forma en que el Estado organiza su propia descentralización, tal como se ilustra claramente por parte de las políticas de vuelta a la comunidad o revitalizadoras de la comunidad, patrocinadas por el Estado. La distinción entre el Estado y el no-Estado está por ello puesta en duda. Esto, por supuesto, presenta un debate todavía más complejo sobre la pluralidad de órdenes jurídicos.

Mi estrategia analítica, por consiguiente, difiere marcadamente de la que han seguido algunos autores que han teorizado sobre este tercer periodo de la pluralidad jurídica como la de un «derecho global sin Estado», sobre todo Gunther

I Para una nueva teoría crítica del derecho

66

Teubner (1997). Siguiendo a Teubner, «el derecho económico global es un derecho con un centro subdesarrollado» (1997: 12) en el que las normativas jurídicas no se mantienen según una relación de jerarquía sino más bien debido a una relación de «heterarquía». Además, desde su punto de vista, los órdenes jurídicos que coexisten en diferentes escalas (local, nacional y global) no se caracterizan por ser sanciones, normas o un conjunto determinado de funciones, sino por el hecho de que conllevan discursos (o, dicho de forma más exacta, son discursos) que revierten al código binario legal/ilegal. Por el contrario, a lo largo de este capítulo he hecho hincapié (y regresaré a este punto en el capítulo 6) en que el Estado es una pieza central incluso a la hora de favorecer su propio decrecimiento o centralidad; que la pluralidad jurídica en tiempos de globalización es un fenómeno en gran medida jerárquico con muy distintas manifestaciones según que los países sean del centro, semiperiféricos o periféricos; y que lo que constituye la pluralidad jurídica no son los discursos tautológicamente definidos en el sentido del uso de códigos legales/ilegales, sino los discursos combinados con prácticas en las que las sanciones, normas y funciones como el control social y la resolución de conflictos juegan un papel central.

Aparte de la descentralización del Estado en la vida social, existe una tendencia simultánea hacia una cada vez más grande heterogeneidad interna de la acción estatal. No sólo existen distintos sectores de actividad estatal desarrollándose a diferentes ritmos y en ocasiones en direcciones opuestas, sino que también se producen disyuntivas e inconsistencias en la acción del Estado, tantas que en ocasiones ya no se puede distinguir un modelo coherente de acción estatal. Esto es especialmente evidente en Estados periféricos y semiperiféricos, como demuestran claramente los casos sobre la pluralidad jurídica mencionados anteriormente y documentados, por ejemplo, en Mozambique (capítulo 5) y en Colombia (abajo en este capítulo), pero también se puede observar en Estados centrales. La descentralización de ciertas áreas puede por tanto coexistir con la recentralización de la acción del Estado en otras áreas. Por ejemplo, la degradación de los servicios materiales provistos por el Estado —la vivienda, la salud, la seguridad social— puede coexistir con la expansión de los servicios simbólicos provistos por el Estado —el nacionalismo estatal; la política como el negocio del espectáculo; el Estado como el imaginado centro de sociabilidad coherente y cohesivo en sociedades que están cada vez más fragmentadas por desigualdades sociales y por ideologías y prácticas de odio racista, étnico, por razón de sexo y de edad—. Asimismo, el fracaso del Estado de bienestar y las redes de seguridad al servicio de los ciudadanos pueden coexistir con la expansión del Estado de bienestar y las redes de seguridad al servicio de las corporaciones y del capital global. Somos testigos tanto de la descentralización de la acción del Estado como de la explosión de la unidad de la acción del Estado y su derecho y de la consecuente emergencia de diferentes modos de regulación jurídica, cada uno de los cuales está políticamente anclado en un micro-Estado. Como resultado, el mismo Estado se convierte en una configuración de micro-Estados que plantean una amplia gama de preguntas nuevas que todavía se han de responder por la sociología política. ¿Cuál es la lógica tras la

heterogeneización de la acción estatal? ¿Qué es lo que mantiene la configuración del micro-Estado? ¿Existe una mano invisible, similar a la que mantenía supuestamente unido el mercado, o es esta mano demasiado visible?

Como consecuencia de tan múltiples y universales heterogeneidades de la acción estatal, el debate sobre la pluralidad de órdenes jurídicos se puede extender a contextos novedosos y no imaginados. Por ejemplo, a medida que la heterogeneidad de la acción del Estado se traduzca en el creciente particularismo de la legalidad estatal, y a medida que la unidad y universalidad del sistema jurídico oficial se vaya quebrando, pueden surgir, en la legalidad del Estado, nuevas formas de pluralismo jurídico que denomino *pluralismo jurídico interno*¹². Por supuesto, todas las formas de heterogeneidad estatal no abarcarán situaciones de pluralismo jurídico interno. Lo último requiere la coexistencia de diferentes lógicas de regulación llevadas a cabo por diferentes instituciones estatales con muy poca comunicación entre ellas. Además, dichas lógicas de regulación pueden variar según el país, aunque se lleven a cabo a través del mismo tipo de legislación y también cambien a través del tiempo y espacio. Como ejemplo, en los países centrales, especialmente en los que tienen un fuerte componente de bienestar, el derecho del trabajo, junto a la legislación social, se ha «localizado» —especialmente en el periodo del «capitalismo organizado»— en el lado promocional o facilitador de la acción estatal, mientras que el derecho penal y la legislación restrictiva —desde la inmigración y los derechos de los refugiados a los *Berufsverbot* (esto es, la interdicción de ciertas actividades profesionales a miembros de organizaciones de extrema izquierda) de diferentes tipos— se han «localizado» en el lado represivo de la acción estatal. Sin embargo, en la legislación colonial, el derecho del trabajo y el derecho penal casi se superponían y en realidad, en determinados casos, el derecho del trabajo constituía el tipo privilegiado de criminalización de la gente colonizada (Van Onselen, 1976).

Pueden surgir similares «deslocalizaciones», exigiendo teorías innovadoras, entre las tres grandes escalas que han proporcionado el marco para el debate de la pluralidad de órdenes jurídicos. En situaciones de integración regional interestatal, en las que surgen uniones de soberanía, como la Unión Europea, la escala nacional que antes era la escala de la acción estatal puede gradualmente recodificarse en local o infraestatal, y si esto se analiza desde la escala global hegemónica —desde Bruselas, Estrasburgo o Luxemburgo— puede asumir características que generalmente se asocian a la escala local, como el particularismo y el regionalismo.

En los siguientes capítulos demuestro que el Estado es, de hecho, uno de los componentes del más amplio contexto desde el que se debe debatir la pluralidad de órdenes jurídicos. Pero, como ya se ha mencionado, los Estados modernos existen en un sistema interestatal que es parte de la configuración política hegemónica del sistema capitalista mundial y de la economía mundial. A comienzos del siglo XXI, el sistema interestatal está sufriendo cambios arrolladores —particularmente

12 Análisis más en detalle el pluralismo jurídico interno en la sección siguiente (con referencia a Colombia) y en el capítulo 5 (con referencia a Mozambique).

I Para una nueva teoría crítica del derecho

68

en la región europea del sistema mundo—, como consecuencia de la desaparición de los regímenes comunistas en Europa central y del este. Pero generalmente, la dramática intensificación de las prácticas globales de las últimas tres décadas ha ocasionado transformaciones en estructuras y prácticas estatales, que aunque pueden diferir según sea la ubicación del Estado en el sistema mundo —centro, semiperiferia o periferia— son, no obstante, decisivas. Al contrario de lo que ha acontecido en momentos anteriores, la principal fuerza motriz tras la transformación del Estado y su legalidad es la intensificación de prácticas e interacciones globales. Bajo estas presiones, las funciones reguladoras del Estado-nación se vuelven derivativas, como una especie de franquicia política o subcontrato.

Aunque asumamos que éste es un fenómeno universal, adopta muy distintas formas en el centro, la periferia o la semiperiferia del sistema mundo. La posición del Estado en el sistema mundo afecta a su papel en la regulación social, así como a su relación con el mercado y con la sociedad civil, fenómenos que la teoría del sistema mundo ha debatido en relación con la fuerza relativa del Estado, tanto interna como externa. Sus consecuencias para la producción del derecho dentro de cada territorio estatal no son automáticas, pero son sin duda decisivas. La pregunta que se ha de responder no es sólo en qué grado la hipótesis del monopolio legal se falsifica, sino también el grado existente de isoformismo o simetría entre el derecho estatal y el no estatal. Estamos atravesando un periodo en el que el Estado se reproduce a sí mismo en forma de sociedad civil. Así que se puede esperar que en muchas áreas se dé un alto grado de afinidad o paralelismo entre el derecho estatal y el no estatal. Pero, por otro lado, el reciente protagonismo de poderosos actores privados en la regulación social se debe a su habilidad para generar tipos de gobiernos jurídicos privados que serían políticamente inaceptables o incluso inconstitucionales si fueran generados por el Estado¹³.

La diversidad del fenómeno observado exige un esfuerzo comparativo a escala global. Además, la perspectiva del sistema mundo no se limita a enfatizar la ubicación estructural. También enfatiza la historicidad y la temporalidad. En el capítulo 6, presento un enfoque comparativo multidimensional diseñado para dar cuenta de la diferenciación histórica entre varias formas de globalización jurídica que suceden simultáneamente a través del sistema mundo.

Además del sistema estatal y mundial, debe mencionarse otro contexto más amplio para el debate sobre la pluralidad de órdenes jurídicos: el significado político de la pluralidad jurídica en las condiciones históricas concretas en las que surge. Tras el colapso de los regímenes comunistas de la Europa central y del este; tras las transiciones democráticas de América Latina en la última década; tras los casos de regímenes revolucionarios rechazados a través de elecciones democráticas, como los de Nicaragua y las Islas de Cabo Verde; tras la finalización del *apartheid* en Sudáfrica; tras la conversión de poderosos movimientos de guerrilla en partidos parlamentarios en El Salvador, Guatemala, Mozambique y en parte (M19) en Colombia, tras todos estos desarrollos a comienzos de siglo, la

13 Sobre este tema véase el capítulo 9.

democracia asume al parecer una legitimidad sin ningún tipo de oposición, un hecho que contrasta notablemente con otros conceptos de transformación política que han sido alimentados por la modernidad, como la revolución, la reforma y el socialismo. Sin embargo, la contradicción aparente con todo esto es que cuanto menos oposición se haga a los valores políticos de la democracia, más problemática será su identidad. ¿Existe un concepto unitario de la democracia? ¿Se pueden explicar, a través de una teoría general, los diferentes procesos políticos en torno al sistema mundo que se identifican como procesos de democratización? ¿Es la democracia un instrumento occidental de regulación social o un instrumento potencialmente universal de emancipación social? ¿Existe alguna relación entre la tendencia en apariencia universal hacia la democracia y la globalización del credo del liberalismo económico? ¿Hasta qué punto la tendencia democrática se articula con otras tendencias de signo opuesto: la creciente desigualdad social tanto entre países del Norte y del Sur como dentro de los países del Norte y del Sur; el creciente autoritarismo sobre la vida privada? ¿Cómo puede la democracia tener tan poca oposición cuando casi todos sus conceptos satélite son cada vez más problemáticos, ya sea la representación, la participación, la ciudadanía, la obligación política o el Estado de derecho?

Estas preguntas demuestran el gran esfuerzo teórico ante el que nos encontramos. Se pueden hacer muchas más preguntas. Por ejemplo, un conjunto entero de preguntas se refiere al impacto de la pluralidad jurídica en las experiencias jurídicas, percepciones y conciencias de los individuos y grupos sociales que viven bajo condiciones de pluralidad jurídica, sobre todo el hecho de que su vida diaria con frecuencia se cruza o se interpenetra por órdenes y culturas jurídicas diferentes y opuestas. A esta dimensión intersubjetiva o fenomenológica del pluralismo jurídico la denominó interlegalidad.

En mi opinión, clarificar la relación entre el derecho y la democracia es especialmente crucial, y aquí la discusión sobre la pluralidad jurídica puede resultar muy reveladora. Un concepto de campos sociojurídicos que opera en escalas con múltiples estratos probablemente expandirá el concepto del derecho, y en consecuencia, el concepto de la política. De esta manera, se adaptará para descubrir relaciones sociales de poder que van más allá de los límites esbozados por la teoría convencional liberal, y por consiguiente, a descubrir a través del derecho formas de opresión o de emancipación no imaginadas, por eso ampliará el campo y radicalizará el contenido del proceso de democratización. La democratización es cada proceso social que conlleva la transformación de relaciones de poder en relaciones de autoridad compartida. Ante esta definición, el concepto de pluralidad jurídica no tiene un contenido político fijo. Puede ser de utilidad para una política progresiva o reaccionaria. La misma situación de pluralidad jurídica puede «evolucionar» de un tipo de política a otra, sin muchos cambios en las situaciones estructurales o institucionales que la apoyan. Comprende, así como el propio Estado, relaciones sociales que cambian con el tiempo. El valor despótico o democrático de órdenes jurídicos concretos varía ampliamente a través de las configuraciones jurídicas y políticas de una sociedad determinada. Este tipo de varia-

I Para una nueva teoría crítica del derecho

70

ción puede estar relacionado de diferentes maneras con la posición del país en el sistema mundo y también con la específica historicidad de la construcción o transformación del Estado. Ante esta afirmación, no hay razón intrínseca alguna por la que el derecho estatal deba ser menos despótico, o de hecho, menos democrático que el no estatal. Como mencioné, existen muchos órdenes jurídicos no estatales que son más despóticos que el orden jurídico estatal del país en el que operan (por ejemplo, el derecho de la mafia). En efecto, afirmar que en los Estados centrales, particularmente en aquellos con un fuerte Estado de Bienestar, el ordenamiento jurídico estatal es probablemente menos despótico que muchos órdenes jurídicos no estatales que existen en esas sociedades. La variedad extrema de situaciones en sociedades periféricas y semiperiféricas nos debería advertir contra la formulación de una hipótesis general inversa en relación a esas sociedades. En las situaciones en las que el derecho estatal se puede considerar más democrático que el derecho no estatal, el concepto de pluralidad jurídica tiene importancia en dos sentidos: 1) relativizar el contenido democrático del derecho estatal dentro de una configuración jurídica más amplia; 2) fortalecer la lucha contra las arbitrariedades existentes en los órdenes jurídicos no-estatales con base en el orden jurídico estatal. Por ejemplo, cuando la igualdad de las mujeres garantizada por el derecho estatal no es reconocida por el derecho no-estatal (societario, «tradicional») de los espacios-tiempo doméstico, de la producción o de la comunidad, la lucha entre estos dos derechos permite revelar los contextos políticos y ideológicos que están por detrás de diferentes concepciones de lo que es legal o ilegal.

Así, estoy en desacuerdo con la afirmación de Tamanaha según la cual mi definición de pluralismo jurídico implica un costo político al propiciar que situaciones de abuso sean consideradas como jurídicas (2000: 304 y 305). Este autor utiliza el ejemplo del uso de la fuerza por parte del marido en contra de la mujer en el espacio doméstico para evidenciar las consecuencias negativas que implicaría encuadrar esa situación como derecho, y en especial, por la incomodidad que traería a los opositores de la violencia doméstica, quienes tienden a asociar la palabra derecho con la posibilidad de generar y exigir derechos. Ahora bien, la lucha contra la opresión en el ambiente doméstico gana mucha más fuerza cuando las normas de dominación que ahí se perpetúan son develadas y contrapuestas a otras realidades jurídicas en las que los imperativos son la resistencia y el combate a la violencia. Mantener situaciones de abuso como éstas, enmarcadas en el dominio privado y comprendidas como acciones aisladas de particulares, es el costo político más alto que se le puede imponer a la lucha contra la violencia doméstica.

Por otro lado, el contenido democrático del derecho estatal puede apoyarse en la premisa de su coexistencia con órdenes jurídicos privados con los que interactúa y se interpenetra de diversos modos. Aunque formen parte de la configuración jurídica, a esos órdenes jurídicos privados se les niega, por parte de la teoría liberal hegemónica del Estado y del derecho, la calidad del derecho. Por este motivo, se evita que su despotismo haga sombra y relativice la naturaleza democrática de la única legalidad reconocida de forma oficial: el derecho estatal. Al denunciar dicha ocultación ideológica, es posible que la pluralidad jurídica

revele algunas caras ocultas de la opresión; pero del mismo modo, es posible que abra nuevos campos de práctica emancipatoria.

El Estado, el mundo y la política de la legalidad son los indicadores del amplio contexto desde el que se debate la multiplicidad de las escalas y de los espacios-tiempo del derecho en los capítulos 4, 5, 6 y 7. En los capítulos 8 y 9 se propone una reconstrucción teórica dirigida a situar la política de la legalidad en un nuevo nivel y en un nuevo y esperanzador discurso emancipatorio.

4. Una ilustración: el pluralismo jurídico en Colombia

Aunque el pluralismo jurídico esta presente en todas las sociedades contemporáneas, cada sociedad tiene un perfil específico de pluralismo jurídico. Tal especificidad se basa en factores históricos, sociales, económicos, políticos y culturales. En el capítulo 4 analizo un caso de pluralismo jurídico en Brasil. En el capítulo 5 analizo la estructura del pluralismo jurídico en Mozambique. En esta sección identifico algunas de las especificidades más marcadas de la pluralidad jurídica en Colombia.

Una primera especificidad es su enorme riqueza y complejidad. Entre los países semiperiféricos o de desarrollo intermedio, Colombia es uno de los países en los que el derecho estatal compite más fuertemente con ordenamientos paralelos. Tal vez por esta razón, el derecho estatal es internamente muy heterogéneo, combinando dimensiones despóticamente represivas con dimensiones democráticas, componentes altamente formales y burocráticas con componentes informales y desburocratizadas, áreas de gran penetración estatal con áreas de casi completa ausencia del Estado, etc. Tal heterogeneidad configura una situación que he designado antes como pluralismo jurídico interno. La intensidad de este pluralismo jurídico es otra de las especificidades de la pluralidad jurídica en Colombia¹⁴.

La tercera especificidad consiste en la intensidad de la confrontación entre el pluralismo jurídico subnacional y el pluralismo jurídico supranacional. No es fácil identificar todos los ordenamientos jurídicos subnacionales que compiten con el Estado colombiano en la regulación social. Algunas de las dimensiones o variables que parecen más importantes para identificar el vasto paisaje jurídico colombiano pueden ser formuladas como variables dicotómicas, pero desde el inicio se tiene que asumir que, en el plano empírico, la dicotomía no es más que los dos extremos de un continuo en el cual, de hecho, se localizan de manera diferente los distintos ordenamientos jurídicos. Las dimensiones seleccionadas para analizar el pluralismo jurídico en Colombia son las siguientes: oficial/no oficial; formal/informal; monocultural/multicultural; cívico/armado.

La dimensión oficial/no oficial permite identificar, por un lado, el derecho estatal y, por el otro una multitud de derechos y justicias locales, urbanas y campesinas, justicias comunitarias, justicias indígenas, justicia de las comunidades afrodescendientes, justicia guerrillera, justicia miliciana, justicia de bandas, justi-

¹⁴ Sobre el complejo paisaje de justicias en Colombia véase, Santos y Villegas (eds.), 2001.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

72

cia paramilitar. La dicotomía oficial/no oficial a pesar de ser la dicotomía más característica, permite igualmente situaciones intermedias a lo largo de un continuo marcado por los extremos. Quizás la situación intermedia más sobresaliente sea la de la justicia indígena, dado que su reconocimiento constitucional hace de ella una justicia oficial aunque opere según normas, principios y lógicas radicalmente distintos de los que subyacen al derecho estatal oficial. La justicia indígena es un híbrido jurídico.

La dimensión formal/informal permite identificar, tanto las formas de pluralismo jurídico subnacional, como las formas de pluralismo jurídico interno. Mientras la dimensión oficial/no oficial deriva de una definición administrativa y política hecha por quien tiene el poder institucional para imponer tal definición, la dimensión formal/informal hace relación con aspectos estructurales de los derechos en presencia. Según las categorías presentadas más arriba, considero informal una forma de derecho y de justicia dominada por la retórica y en la cual la burocracia está ausente o su presencia es marginal. La violencia puede o no estar presente. En relación con el pluralismo jurídico interno, el Estado colombiano, durante la última década del siglo pasado, llevó a cabo una serie de reformas encaminadas a informalizar la justicia, de las cuales resultó alguna innovación institucional (a veces realizada y a veces sólo proyectada) materializada en figuras tales como la acción de tutela, las acciones populares, la conciliación en equidad, los jueces de paz, las casas de justicia. Las reformas sobre informalización de la justicia crean así una dualidad interna en el sistema jurídico oficial, entre la justicia formal que continúa teniendo vigor en las áreas centrales del sistema judicial, y la justicia informal que tiene vigor en la periferia del sistema.

En lo que respecta al pluralismo jurídico subnacional, los ordenamientos jurídicos no oficiales son por lo general informales. Sin embargo, el grado de informalidad varía mucho, no solo de un ordenamiento jurídico a otro, sino también en el mismo ordenamiento en diferentes situaciones o tipos de litigios. La justicia comunitaria cívica tiende a ser muy informal mientras que la justicia guerrillera puede, en ciertas situaciones ser formal. La justicia indígena vuelve a ocupar una posición especial en esta dimensión. Las concepciones de forma, de formalismo y de grado de formalización sólo son posibles dentro del mismo universo cultural. En las condiciones actuales es virtualmente imposible evaluar, a partir de una cultura jurídica dada, el formalismo o el grado de formalismo de otra cultura jurídica. La construcción de una concepción multicultural de formalismo sólo será posible al final de una larga práctica de reconocimiento efectivo de la diversidad multicultural de las concepciones de formalismo. Por eso, en las condiciones actuales, no es posible evaluar el grado o tipo de formalismo de la justicia indígena. Sobre todo, no es posible compararlo con el grado o tipo de formalismo de la justicia oficial.

La tercera dimensión –monocultural/multicultural– vuelve a poner a la justicia indígena en el centro del análisis, una vez que ésta, más que ninguna otra de las justicias no oficiales, pertenece a un universo cultural distinto de aquel que preside la justicia oficial. Sin embargo, hoy no hay sistemas cultura-

les puros y autoreferenciales. La justicia indígena está sujeta a un proceso de hibridación que, además, deriva del reconocimiento constitucional de su existencia. La ambigüedad de este proceso de hibridación reside en que oculta las relaciones desiguales de poder entre la justicia indígena y la justicia oficial. Un análisis correcto de este proceso exige entonces que se responda a las siguientes preguntas: ¿quién hibridiza a quien? Y ¿hasta qué punto y con qué objetivos y resultados?

Las tensiones entre monoculturalismo y multiculturalismo no se limitan a las relaciones entre justicia indígena y justicia oficial: también se presentan en las relaciones entre la justicia indígena y otras justicias comunitarias no oficiales, tales como la justicia campesina y la justicia guerrillera o paramilitar. Y, además, aunque en menor grado, esta tensión puede existir en constelaciones de ordenamientos jurídicos que no incluyen la justicia indígena.

Finalmente, la dimensión cívico/armado representa otra especificidad de la pluralidad jurídica en Colombia dada la proliferación de grupos armados que contestan el monopolio de la violencia por parte del Estado. No importa si el grupo armado ilegal dice defender las instituciones, como el caso de los paramilitares. Los paramilitares desplazan al funcionario judicial estatal e imponen su propia administración de justicia, dejando sin trabajo al representante del Estado. Esta dimensión puede ser aplicada en el contexto de las comunidades pobres y marginales tanto urbanas como rurales en Colombia. Puede ser utilizada también para distinguir entre formas pacíficas de justicia comunitaria, patrocinadas por organizaciones de base de las comunidades o por organizaciones no gubernamentales que actúan en las comunidades y cuya justicia producida es dominada por la retórica, y formas de justicia patrocinadas por grupos armados (bandas, milicias) que operan en las comunidades y cuya justicia está dominada por la violencia.

El paisaje de las justicias en Colombia es muy amplio. La extraordinaria fragmentación del campo jurídico y las complejas articulaciones entre los ordenamientos jurídicos que lo componen son el otro lado de la fragmentación del poder político y administrativo del Estado colombiano. Esta compleja constelación de jurisdicciones en competencia no se encuentra igualmente distribuida en la sociedad colombiana. Existe una división social del trabajo jurídico a partir de la cual diferentes clases y grupos sociales tienen acceso a diferentes ordenamientos jurídicos. Es posible afirmar que la sociedad civil extraña¹⁵ y las zonas salvajes de Colombia –constituidas por los estratos sociales que están fuera de cualquier contrato social– son cubiertas por los servicios de las justicias no oficiales informales, cívicas o armadas. Tales zonas pueden, eventualmente, tener acceso a las áreas periféricas de la justicia oficial constituida por la justicia informal de iniciativa estatal. Por el contrario, las zonas civilizadas –la sociedad civil íntima y los estratos sociales que están incluidos en el contrato social– son cubiertas, aunque de manera ineficaz, por los servicios de la justicia oficial. Las limitaciones del

15 Sobre los conceptos de sociedad civil íntima y sociedad civil extraña, véase el capítulo 9.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

74

contrato social en Colombia determinan la selectividad de la penetración social de la justicia oficial.

Como dije antes, la especificidad de Colombia no reside sólo en la enorme fragmentación del campo jurídico producida por el pluralismo jurídico subnacional. Reside también en el impacto jurídico-político del pluralismo jurídico supranacional. Desde mediados de la década de los ochenta, Colombia ha estado sometida a una fuerte presión de los Estados Unidos en el sentido de adaptar su política criminal a los designios del prohibicionismo fundamentalista que domina la política norteamericana en el campo de las drogas ilícitas desde el inicio del siglo XX. Esta presión ha aumentado exponencialmente en los últimos años hasta tal punto que hoy se puede hablar de la americanización del sistema jurídico penal colombiano¹⁶. Las innovaciones institucionales promovidas por los programas de *rule of law* y de reforma judicial provienen de una cultura jurídica anglosajona y son insertados en el sistema jurídico colombiano, de tradición europea continental, sin mayor atención respecto del impacto que puedan tener en la coherencia global del sistema jurídico oficial. En estos ámbitos, el derecho estatal colombiano es una formación jurídica híbrida compuesta por elementos nacionales y elementos norteamericanos. Las normas de extradición son quizás el mejor ejemplo de esta hibridación junto con la reciente implantación del sistema penal acusatorio.

La americanización del sistema jurídico penal colombiano tiene además otras dos consecuencias. Dada la forma agresiva como la presión es ejercida, puede suscitar reacciones nacionalistas por parte de las élites judiciales, creando una actitud de resistencia pasiva que se puede transformar fácilmente en inmovilismo contra las reformas en general y, por lo tanto, también contra las reformas que es necesario introducir urgentemente para combatir la morosidad, la inaccesibilidad e ineficacia de la justicia oficial. Otra consecuencia de la norteamericanización agresiva del sistema jurídico penal colombiano reside en la eliminación de la posibilidad de experimentación con otras soluciones jurídico políticas respecto del problema de las drogas ilícitas, en vista del fracaso de las soluciones prohibicionistas fundamentalistas, reiteradamente confirmado en las últimas dos décadas.

La enorme fragmentación del campo jurídico colombiano –fragmentación subnacional y supranacional– si bien es un reflejo de la falta de hegemonía del Estado y de la fragmentación del poder político, es al tiempo un factor poderoso de reproducción de ambos. Tal fragmentación no debe, sin embargo, estar sujeta a un juicio político monolítico. Como vimos, la pluralidad de derechos incluye ordenamientos jurídicos que representan el reconocimiento del multiculturalismo y de la pluriétnicidad de la sociedad colombiana y también ordenamientos jurídicos que dan cuenta de las energías cívicas de las comunidades populares, urbanas y rurales que, ante el absentismo, la corrupción o la ineficacia del Estado, buscan soluciones autónomas, pacíficas y democráticas para la resolución de sus conflictos. Es pues necesario diferenciar y evaluar los diferentes ordenamientos

¹⁶ Informaciones más detalladas sobre la presión norteamericana sobre el sistema jurídico colombiano son dadas en el capítulo 7.

**El pluralismo jurídico y las escalas del derecho:
lo local, lo nacional y lo global**

75

jurídicos que componen la laberíntica formación jurídica colombiana a la luz de su distribución, positiva o negativa, con miras a la búsqueda de la paz, de la democracia y de la dignidad en una sociedad en la cual el dinamismo social es tan notable como cruel.

Utilizo el ejemplo colombiano para reforzar la tesis de que, en vez de existir una estructura dual en que las articulaciones entre derecho superior e inferior son estáticas y fácilmente identificables, las sociedades se constituyen cada vez más en constelaciones jurídicas cuyas articulaciones y confrontaciones se dan en espacios-tiempo diferentes y son tan variadas que se vuelve difícil identificar los límites de cada orden. Las proyecciones de diferentes legalidades pueden variar de extensión y visibilidad de acuerdo a la escala que se use para representarlas y las fronteras se vuelven más permeables cuando nos distanciamos de su centro. En ese contexto, la noción de dualidad de órdenes normativos ya no es adecuada, siendo preferible la concepción de estructura híbrida. En el mismo sentido, no es suficiente hablar solamente de la existencia de legalidades, sino de interlegalidades, es decir, de la vigencia de un derecho poroso formado por múltiples redes de legalidad, de tal modo intrincadas y diversas, que uno puede, en la misma acción de cumplimiento de una regla, estar transgrediendo otra (Santos, 2003b).

3

SOCIOLOGÍA CRÍTICA DE LA JUSTICIA¹**I. Introducción**

Uno de los fenómenos más intrigantes de la sociología política y de la ciencia política contemporánea es el reciente y siempre creciente protagonismo social y político de los jueces: un poco por toda Europa y por todo el continente americano, los tribunales, los jueces, el ministerio público, las investigaciones de la policía criminal y las sentencias judiciales aparecen en las primeras páginas de los periódicos, en los noticieros de televisión y son un tema frecuente de las conversaciones entre los ciudadanos. ¿Se trata de un fenómeno nuevo o sólo de un fenómeno que, aunque viejo, recoge hoy una nueva atención pública?

A lo largo del siglo XX y con altibajos en el tiempo, los jueces han sido polémicos y objeto de un fuerte escrutinio público. Basta recordar los tribunales de la República de Weimar después de la revolución alemana (1918) y sus criterios dobles en el castigo de la violencia política de las extremas derecha e izquierda; el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el modo como intentó anular la legislación del *New Deal* de Roosevelt a comienzos de los años treinta; los tribunales italianos de finales de las décadas de los sesenta y setenta que, a través del «uso alternativo del derecho» buscaron reforzar la garantía jurisdiccional de los derechos sociales (Sense, 1978); el Tribunal Supremo de Chile y el modo como intentó impedir el proceso de las nacionalizaciones llevado a cabo por Allende a comienzos de la década de los setenta.

Empero, estos momentos de notoriedad se distinguen del protagonismo de épocas recientes en dos importantes aspectos. En primer lugar, en casi todas las situaciones del pasado los jueces se destacaron por su conservadurismo, por el trato discriminatorio de la agenda progresista o de los agentes políticos progresistas, por su incapacidad para seguir los procesos más innovadores de la transformación social, económica y política, muchas veces votados por la mayoría de la población. En segundo lugar, tales notorias intervenciones fueron, en general, esporádicas, en respuesta a acontecimientos políticos excepcionales, y en momentos de transformación social y política profunda y acelerada.

Por el contrario, el protagonismo de los jueces en tiempos más recientes,

¹ Este capítulo y el capítulo 7 son complementarios. Aquí analizo los sistemas de justicia y en especial a los tribunales en el marco de las sociedades nacionales. En el capítulo 7, analizo los tribunales y el sistema judicial en el marco de los procesos de globalización, los cuales tienen diferentes impactos en los distintos sistemas nacionales. Este texto ha servido de referencia teórica a los estudios que dirijo en la Universidad de Coimbra en el ámbito del Observatorio Permanente de la Justicia Portuguesa del Centro de Estudos Sociais (www.ces.uc.pt), bien como a las investigaciones sóciojurídicas que emprendí en otros países. Cf. Santos, 1996, Santos y García-Villegas (eds.), 2001, para el caso de Colombia, y Santos y Trindade (eds.), 2003, para el caso de Mozambique.

sin favorecer necesariamente agendas o fuerzas políticas conservadoras o progresistas tal como ellas se presentan en el campo político, parece afirmarse en un entendimiento más amplio y más profundo del control de la legalidad, que a veces incluye un control de la constitucionalidad no sólo del derecho ordinario, como medio para fundamentar una garantía más osada de los derechos de los ciudadanos, sino también de las decisiones económicas que toman las diferentes autoridades. Los jueces deciden si determinada orientación económica es contraria a la constitución, y si consideran dejarla sin efectos jurídicos, se genera un gasto fiscal inesperado. Lo anterior lleva al ejecutivo a acusar a los tribunales de usurpar su autonomía a la hora de determinar las políticas económicas².

Por otro lado, aunque la notoriedad pública exista en casos que constituyen una fracción infinitesimal del trabajo judicial, ella es lo suficientemente recurrente para no parecer excepcional y para que, al contrario, parezca corresponder a un nuevo patrón de intervención judicial. Además, esta intervención, al contrario de las anteriores, ocurre más en el ámbito penal que en el civil, laboral o administrativo, y asume su rasgo específico al situar la criminalidad dentro de la responsabilidad política, o mejor, la irresponsabilidad política. Esta intervención, a diferencia de las formas anteriores de intervención, se dirige poco a los usos del poder político y a las agendas políticas en que éste se ha convertido. Ahora se dirige a los abusos del poder y a los agentes políticos que los protagonizan.

Sin embargo, el nuevo protagonismo judicial comparte con el anterior una característica fundamental: se traduce en un enfrentamiento con la clase política y con otros órganos de poder soberano, en especial con el poder ejecutivo. Y por esto es que, tal como antes, ahora se habla de la judicialización de los conflictos políticos. Si bien es cierto que en el origen del Estado moderno el sector judicial es un poder político —órgano de soberanía—, sin embargo sólo se asume públicamente como poder político en la medida en que interfiere con otros poderes políticos. O sea, la política judicial, que es una característica matricial del Estado moderno, sólo se afirma como política del sector judicial cuando se enfrenta en su terreno con otras fuentes de poder político. De ahí que la *judicialización* de los conflictos políticos no pueda dejar de traducirse en la politización del sistema judicial³.

Como veremos más adelante, no es la primera vez que este fenómeno se presenta, pero ahora ocurre de un modo diferente y por razones diferentes. Siempre que se presenta este fenómeno se hacen tres preguntas sobre los jueces: acerca de su legitimidad, acerca de su capacidad y acerca de su independencia. La pregunta sobre la legitimidad sólo se hace en regímenes democráticos y se refiere a la formación de la voluntad de la mayoría por vía de la representación política obtenida electoralmente. Debido a que en la gran mayoría de los casos los magistrados no son elegidos, se cuestiona el contenido democrático de la intervención judicial, siempre que ésta interfiera con el poder legislativo o ejecutivo.

2 Una propuesta restrictiva de la intervención de los jueces en la economía: Clavijo, 2001 y Kalmanovitz, 2001. Una visión de la necesidad de un control judicial de las decisiones económicas: Upriminy, 2006a.

3 Cf. también en Hirschl, 2004.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

78

La pregunta acerca de la capacidad se dirige a los recursos de que dispone la justicia para llevar a cabo de forma eficaz la política judicial. La capacidad de los jueces se cuestiona por dos vías: de un lado, en un cuadro procesal fijo y con recursos humanos y de infraestructura relativamente inelásticos, cualquier aumento «exagerado» de la búsqueda de intervención judicial puede significar el bloqueo de la oferta y, en última instancia, redundar en la denegación de tutela judicial efectiva. De otro lado, los jueces no disponen de medios propios para hacer ejecutar sus decisiones siempre que éstas, para producir efectos útiles, presupongan una participación activa de cualquier sector de la administración pública. En estos ámbitos, que son aquellos en los que la «politización de los litigios judiciales» ocurre con más frecuencia, la justicia está a merced de la buena voluntad de servicios que no están bajo su jurisdicción y, siempre que tal buena voluntad falla, repercute directa y negativamente en la propia eficacia de la protección judicial.

La pregunta sobre la independencia de los jueces está unida de manera íntima a las preguntas acerca de la legitimidad y acerca de la capacidad. La independencia de los jueces es uno de los principios básicos del constitucionalismo moderno, por lo que puede parecer extraño que sea objeto de cuestionamiento. Y en verdad, al contrario de lo que sucede con la pregunta sobre la legitimidad, el cuestionamiento de la independencia tiende a ser reivindicado por el propio poder judicial siempre que se ve enfrentado a medidas del poder legislativo o ejecutivo que considera atentatorias contra su independencia.

La pregunta sobre la independencia surge así en dos contextos. En primer lugar, en el de la legitimidad, siempre que el cuestionamiento de ésta lleve al legislativo o al ejecutivo a tomar medidas que el poder judicial entiende como mitigadoras de su independencia. Además, surge también en el contexto de la capacidad, siempre que el poder judicial, al carecer de autonomía financiera y administrativa, acaba dependiendo de los otros poderes para obtener los recursos que considera adecuados para el buen desempeño de sus funciones.

Las preguntas sobre la legitimidad, sobre la capacidad y sobre la independencia asumen, como hemos visto, mayor agudeza en momentos en que los jueces adquieren mayor protagonismo social y político. Este hecho tiene un importante significado, tanto por lo que muestra como por lo que oculta. En primer lugar, tal protagonismo es producto de un conjunto de factores que evolucionan históricamente, por lo que se hace necesario una visión histórica de la función y el poder judiciales en los últimos ciento cincuenta años a fin de poder contextualizar mejor la situación presente. En segundo lugar, las intervenciones judiciales que son responsables de la notoriedad judicial en cierto momento histórico constituyen una fracción ínfima del desempeño judicial, por lo cual un enfoque exclusivo en los grandes asuntos puede ocultar o dejar poco analizado el desempeño que en la práctica cotidiana de los jueces ocupa la gran mayoría de los recursos y del trabajo judicial. Últimamente, el debate se ha centrado entre una justicia protagónica que corresponde a las decisiones de los altos tribunales y una justicia rutinaria que se dedica a los casos más comunes. En este último caso, su desempeño es defec-

tuoso, pues muchas veces está amenazada por la delincuencia organizada, en el caso de países con problemas crónicos de violencia, o no cuenta con los recursos necesarios para hacer su trabajo adecuadamente, lo que se refleja, por ejemplo, en la escasa capacidad del juez para ordenar la práctica de pruebas. La consecuencia de esto es que los casos no se resuelven de la manera más adecuada sino sólo de la forma posible, es decir, con los elementos de juicio que las partes aporten al proceso. El resultado es que el poderoso vencerá, ya que tiene más posibilidades de convencer al juez que la parte más débil⁴.

En tercer lugar, el desempeño de los jueces en un determinado país o momento histórico concreto, bien sea un desempeño notorio o rutinario, no depende sólo de factores políticos, como las preguntas sobre la legitimidad, sobre la capacidad y sobre la independencia parecen hacer creer. Depende de modo decisivo de otros factores y en especial de los tres siguientes: del nivel de desarrollo del país y, por lo tanto, de la posición que éste ocupa en el sistema y economía mundial; de la cultura jurídica dominante en términos de los grandes sistemas o familias del derecho en que los comparatista acostumbran a dividir el mundo; del proceso político por medio del cual esa cultura jurídica se ha instalado y se ha desarrollado (desarrollo orgánico, adopción voluntaria de modelos externos, colonización, etcétera).

Un análisis sociológico del sistema judicial no puede dejar entonces de abordar las cuestiones de la periodicidad, del desempeño judicial de rutina o de masa y de los factores sociales, económicos políticos y culturales que condicionan de manera histórica el ámbito y la naturaleza de la *judicialización* del conflicto inter-individual y social en un determinado país o momento histórico.

II. Los jueces y el Estado moderno

Los jueces son uno de los pilares fundadores del Estado constitucional moderno, un órgano de soberanía a la par con los poderes legislativo y ejecutivo. Sin embargo, el significado sociopolítico de esta postura constitucional ha evolucionado en los últimos ciento cincuenta o doscientos años. Esta evolución tiene algunos puntos en común en los distintos países, no sólo porque los Estados nacionales comparten el mismo sistema interestatal, sino también porque las transformaciones políticas son condicionadas en parte por el desarrollo económico, lo cual sucede a nivel mundial en el ámbito de la economía-mundo capitalista implantada desde el siglo XV. Pero, por otro lado, estas mismas razones sugieren que la evolución varía de forma significativa de Estado a Estado, de acuerdo con la posición de éste en el sistema interestatal y de la sociedad nacional respecto al sistema de la economía mundo.

Por esta razón, la periodicidad de la postura sociopolítica de los jueces que expongo a continuación tiene sobre todo presente la evolución en los países centrales más desarrollados del sistema mundo. La evolución del sistema judicial en países periféricos y semiperiféricos (como Portugal, Brasil, Colombia, etc.) se

4 Una caracterización aparece en Uprimny, 2006b, con otra perspectiva Islam, 2003.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

80

rige por parámetros relativamente diferentes. Como se comprenderá, a la luz de lo que se dijo antes, esta evolución comporta algunas variaciones en función de la cultura jurídica dominante (tradicción jurídica europea continental, anglosajona, etc.), pero tales variaciones son poco relevantes para los propósitos analíticos de este trabajo.

Distingo tres grandes periodos en el significado sociopolítico de la función judicial en las sociedades modernas: el periodo del Estado liberal, el del Estado del bienestar y el periodo actual que, con poco rigor, podemos designar como periodo de la crisis del Estado del bienestar.

1. *El periodo del Estado liberal*

Este periodo cubre todo el siglo XIX y se prolonga hasta la primera guerra mundial. El fin de la primera guerra mundial marca la aparición de una nueva política del Estado, la cual, sin embargo, en el ámbito de la función y del poder judicial, conoce poco desarrollo por lo que el periodo entre las dos guerras es en este sentido un periodo de transición entre el primero y segundo periodo. En vista de esto, el primer periodo es en particular importante, debido a su larga duración histórica, para la consolidación del modelo judicial moderno. Este modelo se manifiesta en las siguientes ideas:

1. La teoría de la separación de los poderes conforma la organización del poder político de tal manera que, por su parte, el poder legislativo asume un claro predominio sobre los demás, mientras el poder judicial es, en la práctica, neutralizado políticamente⁵.

2. La neutralización política del poder judicial se obtiene a través del principio de legalidad, es decir, de la prohibición de que los jueces decidan *contra legem* y, del principio, conexo con el primero, de subsunción racional-formal, según el cual la aplicación del derecho es una subsunción lógica de hechos a normas y, como tal, está desprovista de referencias sociales, éticas o políticas. Así, los jueces se mueven en un marco jurídico-político preconstituido, frente al cual solo les compete garantizar en concreto su vigencia. Por esta razón, el poder de los jueces es retroactivo o se acciona de forma retroactiva, es decir, con el objetivo de reconstituir una realidad normativa plenamente constituida. Por la misma razón, los jueces garantizan que el monopolio estatal de la violencia sea ejercido con legitimidad.

3. Además de retrospectivo, el poder judicial es reactivo, es decir, que sólo actúa cuando es instado por las partes o por otros sectores del Estado. La disponibilidad de los jueces para resolver litigios es, de esta manera, abstracta y sólo se convierte en una oferta concreta de solución de litigios en la medida en que haya una demanda social efectiva. Los jueces no deben hacer nada para influir en el tipo y en el nivel concreto de la demanda.

4. Los litigios de que se ocupan los jueces son individualizados en un

5 Sobre la neutralización política del poder judicial en el Estado liberal, cf., en especial: Ferraz Jr., 1994; Lopes, 1994 y Campilongo, 1994 y 2000b.

doble sentido: tienen contornos claramente definidos por estrictos criterios de relevancia jurídica y suceden entre individuos. Por otro lado, la decisión judicial sobre un litigio sólo es válida para el caso en concreto al cual se aplica.

5. En la solución de los litigios se da total prioridad al principio de la seguridad jurídica, fundada en la generalidad y universalidad de la ley y en la aplicación, idealmente automática, que ella hace posible. La inseguridad sustantiva de futuro resulta de esta manera contornada tanto por la seguridad procesal del presente (observancia de las reglas del proceso), como por la seguridad procesal del futuro (el principio del caso juzgado o de la cosa juzgada).

6. La independencia de los jueces reside en el hecho de estar total y exclusivamente sometidos al imperio de la ley. Concebida así, la independencia de los jueces es una garantía eficaz de protección de la libertad, entendida como vínculo negativo, es decir, como prerrogativa de no interferencia. La independencia se refiere a la dirección del proceso decisorio y, por eso, puede coexistir con la dependencia financiera y administrativa de los jueces ante los poderes legislativo y ejecutivo.

Esta caracterización de los jueces en el periodo liberal revela su diminuto peso político, como rama del poder público, respecto de los poderes legislativo y ejecutivo. Estas son las manifestaciones principales del carácter subordinado de la política judicial. Este periodo atestigua el desarrollo vertiginoso de la economía capitalista luego de la revolución industrial y, con él, reacontecimientos como traslados masivos de personas, el agravamiento sin precedentes de las desigualdades sociales y la aparición de la llamada cuestión social (criminalidad, prostitución, vivienda miserable, insalubridad, etc.). Todo esto dio origen a una explosión del conflicto social de tan vastas proporciones que en relación con ella se definieron las grandes divisiones políticas y sociales de la época. Ahora bien, los jueces quedaron casi totalmente al margen de este proceso, dado que su ámbito de función se limitaba al microlitigio inter-individual, desligando de él el macrolitigio social.

Por la misma razón, los jueces quedaron al margen de las grandes luchas políticas acerca del modelo o patrón de justicia distributivo que se adoptaría en la nueva sociedad, la cual, de tanto romper con la sociedad anterior, parecía traer en su seno una nueva civilización con la exigencia de nuevos criterios de sociabilidad. Confinados como estaban a la administración de la justicia retributiva, tuvieron que aceptar como un dato los patrones de justicia distributiva adoptados por los otros poderes. Fue así como la justicia retributiva se transformó en una cuestión de derecho mientras la justicia distributiva pasó a ser una cuestión política. Además, siempre que de forma excepcional los patrones de justicia distributiva estuvieron sujetos al escrutinio judicial, los jueces se mostraron refractarios a la propia idea de justicia distributiva, privilegiando de manera sistemática las soluciones minimalistas.

Como sabemos, el Estado liberal, a pesar de haberse asumido como un Estado mínimo, contenía en sí mismo las potencialidades para ser un Estado máximo y la verdad es que desde temprano –mediados del siglo XIX en Inglaterra y Francia, años treinta del siglo XX en los Estados Unidos– comenzó a intervenir

I Para una nueva teoría crítica del derecho

82

en la regulación social y económica, mucho más allá de los espacios del Estado gendarme (Santos, 1994: 103-118). Siempre que esta regulación fue, por cualquier razón, objeto de litigio judicial, los jueces se inclinaron por interpretaciones restrictivas de la intervención del Estado.

Más allá de esto, la independencia de los jueces se afirmaba en tres dependencias férreas. En primer lugar, la dependencia estricta de la ley según el principio de la legalidad; en segundo lugar, la dependencia de la iniciativa, voluntad o capacidad de los ciudadanos para utilizar a los jueces dado el carácter reactivo de su intervención; y, en tercer lugar, la dependencia presupuestaria en relación con los poderes legislativo y ejecutivo en la determinación de los recursos humanos y materiales considerados adecuados para el desempeño adecuado de la función judicial.

Podemos concluir que, en este periodo, su posición institucional predispuso a los jueces a una práctica judicial técnicamente exigente pero éticamente débil, inclinada a traducirse en rutinas y, en consecuencia, a desembocar en una justicia trivial. En estas condiciones, la independencia de los jueces representa el otro lado de su desarme político. Una vez neutralizados políticamente los jueces independientes pasaron a ser un ingrediente esencial de la legitimidad política de los otros poderes, al garantizar que la producción legislativa de estos llegara a los ciudadanos «sin distorsiones»⁶.

2. El periodo del Estado del bienestar

Las condiciones político-jurídicas antes descritas comenzaron a alterarse, con diferentes ritmos en los distintos países, a finales del siglo XIX, pero sólo en el periodo de la segunda posguerra mundial se vio consolidada en los países centrales una nueva forma política del Estado: el Estado del bienestar. No cabe aquí analizar en detalle este Estado. Tan solo estudiaremos su impacto en el ámbito sociopolítico de la justicia.

1. La teoría de la separación de poderes entra en crisis, sobre todo en vista de la preeminencia asumida por el poder ejecutivo. La gubernamentalización de la producción del derecho crea una nueva instrumentación jurídica que, a cada instante, entra en confrontación con el ámbito judicial clásico (Ferraz Jr., 1994: 18 ss.).

2. La nueva instrumentación jurídica se traduce en sucesivas explosiones legislativas y, en consecuencia, en una sobrejuridicidad de la realidad social que pone fin a la coherencia y a la unidad del sistema jurídico. Surge un caos normativo que hace problemática la vigencia del principio de legalidad e imposible la aplicación de la subsunción lógica.

3. El Estado del bienestar se distingue por su fuerte componente promo-

6 Esto también explica que durante buena parte del siglo XIX la escuela de interpretación jurídica más importante fuera la exégesis. La exégesis decía que el derecho era claro, racional y sin lagunas. Por tanto, el juez no podía, ni debía interpretarlo. Su deber era exclusivamente aplicar la ley tal cual había salido de los órganos de representación política (López, 2004).

tor de bienestar, al lado del tradicional componente represivo. La consagración constitucional de los derechos sociales y económicos, tales como el derecho al trabajo y al salario justo, a la seguridad en el empleo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la seguridad social, etc., significa, entre otras cosas, la juridificación de la justicia distributiva. La protección jurídica de la libertad deja de ser un mero vínculo negativo para pasar a ser un vínculo positivo que sólo se concreta mediante servicios del Estado.

Se trata, en suma, de una libertad que lejos de ejercerse contra el Estado, debe ser ejercida por el Estado. El Estado asume así la gestión de la tensión que él mismo crea, entre justicia social e igualdad formal, y de esa gestión están encargados, aunque de modo diferente, todos los órganos y poderes de Estado.

4. Al ser la proliferación de derechos, por lo menos en parte, una consecuencia de la emergencia en la sociedad de actores colectivos (organizaciones de trabajadores, por ejemplo), la distinción entre litigios individuales y colectivos se hace problemática en la medida en que los intereses individuales aparecen de una u otra forma articulados con intereses colectivos.

Esta descripción sugiere de por sí que el significado sociopolítico de los jueces en este periodo es muy diferente del que detentaban en el primer periodo. En primer lugar, la juridificación del bienestar social abrió el camino hacia nuevos campos de litigio en los dominios laboral, civil, administrativo y de la seguridad social, lo que en unos países más que en otros se tradujo en el aumento exponencial de la demanda judicial y en la acostumbrada explosión de litigiosidad.

Las respuestas que se dieron a este fenómeno variaron de país a país pero incluyeron casi siempre algunas de las siguientes reformas: informalidad de la justicia; dotación de la administración de justicia en recursos humanos y en infraestructura, incluyendo la informatización y la automatización; creación de juzgados especiales para los pequeños litigios de masas tanto en materia civil como criminal; proliferación de mecanismos alternativos de solución de los litigios (mediación, negociación, arbitraje); varias reformas procesales (acciones de amparo, acciones populares, protección de intereses difusos, etc.)⁷.

La explosión del litigio dio una mayor visibilidad social y política a los jueces. Las dificultades que en general tuvo la oferta de protección judicial para responder al aumento de la demanda, agravaron seriamente el problema de la capacidad y de los temas relacionados con él como: la eficacia, la eficiencia y el acceso al sistema judicial.

En segundo lugar, la distribución de las responsabilidades de promoción del Estado por todos sus poderes hizo que la justicia tuviera que encarar la gestión de su cuota de responsabilidad política. A partir de ese momento estaba comprometida la simbiosis entre independencia de los jueces y neutralidad política, que caracterizó el primer periodo. En vez de simbiosis se produjo tensión, una tensión que potencialmente es un dilema.

7 Sobre este tema, cf. Santos, 1994: 141-161 y la bibliografía allí citada, publicado en castellano en Santos, 1998d.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

84

En el momento en que la justicia social, bajo la forma de derechos, se enfrentó en el terreno judicial con la igualdad formal, entró en crisis la legitimidad procesal-formal en la que los jueces se habían apoyado en el primer periodo. La consagración constitucional de los derechos sociales volvió más compleja y más «política» la relación entre la constitución y el derecho ordinario y los jueces se vieron arrastrados al problema de las condiciones del ejercicio efectivo de esos derechos. En este sentido, los efectos extrajudiciales de la actuación de los jueces pasaron a ser el verdadero criterio de evaluación del desempeño judicial y, en esta medida, este desempeño dejó de ser exclusivamente retrospectivo para pasar a tener una dimensión prospectiva.

El dilema en que se vieron los jueces fue el siguiente: si continuaban aceptando la neutralidad política que provenía del periodo anterior, persistiendo en el mismo patrón de actuación clásico, reactivo, de microlitigio, podrían seguramente continuar viendo pacíficamente reconocida su independencia por los otros poderes del Estado, pero lo harían corriendo el riesgo de volverse socialmente irrelevantes y, con eso, podrían ser vistos por los ciudadanos como dependientes, de hecho, de los poderes ejecutivo y legislativo. Por el contrario, si aceptaban su parte de cuota de responsabilidad política en la actuación de promoción del Estado –en especial a través de una vinculación más estrecha del derecho ordinario a la constitución, para garantizar una protección más eficaz de los derechos de la ciudadanía– corrían el riesgo de entrar en competencia con los otros poderes y de comenzar, como poder más débil, a sufrir las presiones del control externo, sea de parte del poder ejecutivo o del poder legislativo, presiones ejercidas típicamente por una de estas tres vías: nombramientos de los jueces para los tribunales superiores, control de los órganos del poder judicial y gestión presupuestaria.

La independencia de los jueces sólo se convirtió en una verdadera e importante cuestión política cuando el sistema judicial, o algunos de sus sectores, decidió optar por la segunda alternativa. La opción por una u otra alternativa fue el resultado de muchos factores que difieren, de un país a otro. En algunos casos la opción fue clara e inequívoca mientras en otros se transformó en un objeto de lucha en el interior del poder judicial.

Sin embargo, puede afirmarse, en términos generales, que la opción por la segunda alternativa y por la consecuente politización del sistema de garantías judiciales, ocurrió con mayor probabilidad en países donde los movimientos sociales por la conquista de los derechos eran más fuertes, ya sea en términos de implantación social ya en términos de eficacia en la conducción de la agenda política. Por ejemplo, en los años sesenta del siglo pasado, los movimientos sociales por los derechos cívicos y políticos en los Estados Unidos tuvieron un papel decisivo en la judicialización de los litigios colectivos en el dominio de la discriminación racial y del derecho a la vivienda, a la educación y a la seguridad social.

A comienzos de la década de los setenta del siglo XX, en un contexto de fuerte movilización social y política, que además atravesó al propio sistema judicial, Italia fue escenario de una lucha por las alternativas en el interior del propio poder judicial. Los sectores más progresistas, vinculados a la *Magistratura*

Democratica, protagonizaron, a través del movimiento por el uso alternativo del derecho, el enfrentamiento de la contradicción entre igualdad formal y justicia social. En otros países las opciones fueron menos claras y las luchas menos reñidas, variando mucho su significado político. Por ejemplo, en los países escandinavos la coresponsabilidad política de los tribunales fue un problema menos agudo, dado el alto desempeño promotor de otros poderes del Estado del bienestar.

La pérdida de neutralidad política de los jueces, cuando tuvo lugar, tomó varias formas. Asumir la contradicción entre igualdad formal y justicia social significó que, en litigios interindividuales en los que las partes estaban en condiciones sociales muy desiguales (patronos-obreros, propietarios-inquilinos), la solución jurídico-formal del litigio dejó de ser un factor de seguridad jurídica para pasar a ser un factor de inseguridad jurídica. Para obviar tal efecto fue necesario profundizar el vínculo entre la constitución y el derecho ordinario por medio del cual se legitimaron decisiones *praeter legem* o incluso *contra legem*, en lugar de las decisiones restrictivas, típicas del periodo anterior. El mismo imperativo llevó a los jueces a adoptar posiciones más activas que contrastan con las posiciones reactivas del periodo anterior en materia de acceso al derecho y en el ámbito de la legitimidad procesal para solicitar la protección de intereses colectivos y difusos.

La misma constitucionalidad activa del derecho ordinario llevó a veces a los jueces a intervenir en el ámbito de la inconstitucionalidad por omisión, ya sea suprimiendo la falta de reglamentación de las leyes o presionando para que ésta tuviese lugar.

El enfoque privilegiado en los efectos extrajudiciales de la decisión, en detrimento de la corrección lógico-formal, contribuyó a dar una mayor visibilidad social en los medios de comunicación a los jueces, potenciada también por la colectivización del litigio. Al lado de las decisiones que afectaban a unos pocos individuos, hubo decisiones que afectaban a grupos sociales vulnerables, tales como los trabajadores, las mujeres, las minorías étnicas, los inmigrantes, los niños en edad escolar, los viejos que necesitan cuidados o los enfermos pobres que necesitan atención médica, los consumidores, los inquilinos, etc. En esta medida, el desempeño judicial paso a tener una importancia social y un impacto en los medios de comunicación que naturalmente lo convirtió en un objeto de controversia pública y política. La controversia siguió el patrón de las tres cuestiones señaladas más arriba: la legitimidad, la capacidad y la independencia.

3. El periodo de la crisis del Estado del bienestar

A partir de finales de la década de los sesenta del siglo pasado y principios de la década de los ochenta, en los países centrales comenzaron las primeras manifestaciones de la crisis del Estado del bienestar, la cual se habría de prolongar por toda la década de los ochenta hasta nuestros días.

Las manifestaciones de esta crisis son conocidas: incapacidad financiera del Estado para atender los gastos siempre crecientes de la beneficencia estatal, teniendo en cuenta la conocida paradoja según la cual ésta es más necesaria cuando peores son las condiciones de financiación (por ejemplo, cuanto mayor es el

I Para una nueva teoría crítica del derecho

86

desempleo, menores son los recursos para financiarla, ya que los desempleados dejan de contribuir); la creación de una enorme burocracia que acumula un peso político propio que le permite funcionar con elevados niveles de desperdicio e ineficiencia; la clientelización y normalización de los ciudadanos cuyas opciones de vida (de actividad y de movimientos) quedan sujetas al control y a la supervisión de agencias burocráticas despersonalizadas.

También contribuyen a que se profundizara la crisis del Estado del bienestar alteraciones en los sistemas productivos y en la regulación del trabajo posible debido a las sucesivas revoluciones tecnológicas; la difusión del modelo neoliberal y de su credo desregulador a partir de la década de los ochenta; la siempre creciente preeminencia de las agencias financieras internacionales (Banco Mundial, FMI) y la globalización de la economía.

Hoy es discutible el grado y la duración de esta crisis, así como su reversibilidad o irreversibilidad y aún más, en este último caso, la forma de Estado que sucederá al Estado del bienestar. Tal discusión no nos interesa aquí. Nos interesa sólo evaluar el impacto de la crisis del Estado del bienestar de los países centrales en las dos últimas décadas, en el sistema jurídico, en la actividad de los jueces y en el significado sociopolítico del poder judicial.

1. La sobrejuridización de las prácticas sociales que venía del periodo anterior continuó profundizando la pérdida de coherencia y de unión del sistema jurídico. Pero sus causas son ahora parcialmente diferentes y dos de ellas merecen una mención especial. En primer lugar, la llamada desregulación de la economía⁸.

A medida que se fue imponiendo el modelo neoliberal, fue ganando importancia en la agenda política la idea de la desvinculación del Estado como regulador de la economía. Hablamos de *idea* en la medida en que la práctica es bastante contradictoria. Es cierto que se han visto formas inequívocas de desvinculación como, por ejemplo, en los casos en que el sector empresarial del Estado fue total o parcialmente privatizado. También se produjo la desregulación de algunos aspectos del funcionamiento del mercado como la fijación de los precios y las relaciones de trabajo (Santos, Gonçalves y Marques, 1995: 191-194 y 454). Pero el proceso de desregulación es contradictorio en la medida en que se llevó a cabo en algunas áreas a la par del aumento de la reglamentación en otras. En la gran mayoría de los casos, la desregulación fue sólo parcial.

Paradójicamente después de décadas de regulación, la des-regulación sólo puede hacerse mediante una producción legislativa específica y, a veces, bastante

8 El tema de la desregulación ha sido discutido ampliamente en la literatura económica y jurídica de la última década. Se discute su amplitud, sus efectos, las ventajas y las desventajas, también y cada vez más, hasta qué punto estaremos ante una verdadera des-regulación. Sobre esta cuestión cf., entre muchos otros, Santos, Gonçalves y Marques, 1995: 73-74; Francis, 1993: 33; Dehousse, 1992; Ariño, 1993: 259; Button y Swann, 1989. Desde 1997 el Banco Mundial viene revisando algunos aspectos más fundamentalistas de su política de desregulación. Al respecto, véase el World Development Report de 1997: «The State in a Changing World».

elaborada. O sea, la des-regulación significa, en cierto sentido, una re-reglamentación y por eso una sobrecarga legislativa adicional.

Pero la contradicción de este proceso reside también en el hecho de que el desmantelamiento de la regulación nacional de la economía coexiste y, de hecho está integrada, con nuevos procesos de regulación que se producen a nivel internacional y transnacional⁹. Esto nos conduce al segundo factor nuevo en la producción de la inflación legislativa en el tercer periodo. Se trata de la globalización de la economía. Este fenómeno, que a pesar de no ser nuevo asume hoy proporciones sin precedentes, ha dado oportunidad a que aparezca un nuevo derecho transnacional, el derecho de los contratos internacionales, la llamada nueva *lex mercatoria* que da una dimensión más al caos normativo, en la medida en que coexiste con el derecho nacional aunque a veces esté en contradicción con él. Surge, por esta vía, un nuevo pluralismo jurídico de naturaleza transnacional que simultáneamente es causa y consecuencia de la erosión de la soberanía del Estado nacional que transcurre en este periodo (Santos, 1995: 250-337)¹⁰. La erosión de la soberanía del Estado trae consigo, en las áreas en que se produce, la erosión del protagonismo del poder judicial dentro de la garantía de control de la legalidad.

2. Si la desregulación de la economía puede crear por sí misma alguna litigación judicial, eso mismo ya no tiene por que darse con la globalización de la economía. Por el contrario, la solución de litigios que surgen en las transacciones económicas internacionales, rara vez se hace ante los jueces, ya que la *lex mercatoria* privilegia a este efecto otra instancia, el arbitraje internacional. Se puede afirmar, en general, que en los países centrales el aumento drástico del litigio que se dio en el periodo anterior tuvo una cierta tendencia a la estabilidad, a lo que contribuyeron varios factores. En primer lugar, los mecanismos alternativos de solución de los litigios desviaron de los juzgados algún tipo de litigio aunque esté en debate hasta qué punto lo lograron. En segundo lugar, la respuesta de los jueces al aumento de la demanda de protección acabó por moderar esa misma demanda, en la medida en que los costos y los atrasos de actuación de los jueces hicieron la vía judicial menos atractiva.

Los estudios realizados sobre explosión de litigiosidad obligaron a revisar algunas de las ideas sobre acceso a la justicia¹¹. Por un lado, las medidas más innovadoras, para incrementar el acceso de las clases más bajas fueron eliminadas por razones políticas o presupuestarias. Por otro lado, se cuestiona el ámbito de la protección judicial pues muchas veces, a pesar de su ampliación, los jueces continuaron siendo selectivos en la eficiencia con que respondieron a la demanda de protección judicial¹².

9 En relación con esto cf., entre otros, Scherer, 1994.

10 El pluralismo jurídico es analizado en detalle supra en el capítulo 2; véase también infra el capítulo 6.

11 Sobre este tema cf. Trubek et al., 1983, informe final de la investigación sobre el litigio civil en los Estados Unidos.

12 En los países semiperiféricos el desarrollo ha sido similar ver: Santos y García-Villegas (eds.), 2001 y Rodríguez-Garavito y Uprimny, 2006.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

88

En unos países más que en otros el desempeño judicial continuó concentrándose en las mismas áreas de siempre. Además de eso, el aumento del litigio agravó la tendencia que consiste en evaluar el desempeño de los jueces en términos de productividad cuantitativa. Esta tendencia hizo que la masificación del litigio diera origen a una judicialización rutinaria de los jueces, que evitaban sistemáticamente los procesos y los ámbitos jurídicos que obligaban al estudio o a las decisiones más complejas, innovadoras o controvertidas¹³. Por último, hubo necesidad de averiguar en qué medida el aumento del litigio era resultado de la apertura del sistema jurídico a nuevos litigantes o era en cambio el resultado del uso más intensivo y recurrente de la vía judicial por parte de los mismos litigantes, los llamados *repeat players* (Galanter, 1974).

3. Sin embargo, en el tercer periodo, el litigio en el ámbito civil sufre una alteración significativa. La aparición en este periodo, sobre todo en el área económica, de una legalidad negociada asentada en normas programáticas, contratos-programa, cláusulas generales, conceptos indeterminados, originó la aparición de litigios muy complejos, que movilizan conocimientos técnicos sofisticados tanto en el ámbito del derecho como en el de la economía, la ciencia y la tecnología¹⁴. La poca preparación de los magistrados, combinada con su tendencia a refugiarse en la rutina y en la productividad cuantitativa hizo que la oferta jurídica fuera muy deficiente en estos litigios, lo que de alguna manera contribuyó a la erosión de la legitimidad de los jueces como mecanismos de solución de conflictos.

Paralelamente a la crisis del Estado del bienestar, en este periodo se agravan las desigualdades sociales. Este fenómeno, junto con la relativa rigidez de los derechos sociales y económicos, rigidez que resulta de que son derechos y no ejercicios de benevolencia, por lo que existen y pueden ser ejercidos de manera independiente de las vicisitudes del ciclo económico, debería, en principio, suscitar un aumento dramático del litigio. La verdad es que esto no sucedió y en algunas áreas como, por ejemplo, en el dominio de los derechos laborales, el litigio disminuyó en muchos países. Contribuyó a esto un cierto debilitamiento de los movimientos sociales (en especial los sindicatos) que en el periodo anterior

¹³ Cf. Faria, 1994: 50 se puede leer un importante análisis de los desafíos del poder judicial en este ámbito.

¹⁴ Sobre el orden jurídico de la economía, cf. Santos, Gonçalves y Marques, 1995: 15-16. Ahí se da cuenta de la ampliación de las fuentes tradicionales del derecho, de su relativa privatización por efecto de la importancia creciente de las fuentes de origen privado (como los códigos de conducta), o por la negociación en torno a la producción de las fuentes públicas y del declive de la coercibilidad, que se refleja en diversos aspectos, como son el predominio de las normas de contenido positivo sobre las de contenido negativo, la disminución de los efectos de la nulidad de los negocios, etc. Sobre el mismo fenómeno ver también Sayag y Hilaire, 1984; Salah, 1985; Farjat, 1986; Pirovano, 1988 y Martin, 1991. Sobre la movilización del conocimiento científico y técnico en determinadas ramas del derecho (por ejemplo, el derecho del ambiente o de la información) cf. Santos, Gonçalves y Marques, 1995: 522 y Gonçalves, 1994.

habían sostenido políticamente la judicialización de los derechos de la segunda generación, los derechos económicos y sociales.

Sin embargo, en este periodo surgen nuevas áreas de litigio vinculadas a los derechos de la tercera generación, en especial en el área de protección ambiental y de protección de los consumidores. Estas áreas para las cuales los jueces tienen poca preparación técnica, están integradas en la actividad judicial en la medida en que existen movimientos sociales capaces de movilizar a los jueces, directa o indirectamente, a través de la integración de los nuevos temas en la agenda política o a través de la creación de una opinión pública a su favor.

5. Este periodo se caracteriza políticamente no sólo por la crisis del Estado del bienestar, sino también por la crisis de la representación política (crisis del sistema partidista, crisis de la participación política). Esta última crisis tiene muchas dimensiones, pero una de ellas sitúa directamente a los jueces ante su función de control social. Se trata del aumento de la corrupción política. Una de las grandes consecuencias del Estado regulador y del Estado del bienestar fue que las decisiones del Estado pasaron a tener un contenido económico y financiero que no tenían antes. La regulación de la economía, la intervención del Estado en la creación de infraestructuras (carreteras, sanidad básica, electrificación, transportes públicos) y la concesión de los derechos económicos y sociales se saldaron con una enorme expansión de la administración pública y del presupuesto social y económico del Estado.

Específicamente, los derechos sociales tales como el derecho al trabajo y al subsidio de desempleo, a la educación, salud y vivienda social, incluyeron la creación de gigantescos servicios públicos, una legión de funcionarios y una infinidad de concursos públicos y de contrataciones, contratos y suministros que incluyeron abultadísimas cuantías de dinero. Tales concursos y contrataciones crearon las condiciones para la promiscuidad entre el poder económico y el político. La debilidad de las referencias éticas en el ejercicio del poder político, combinado con las deficiencias del control del poder por parte de los ciudadanos, permitieron que esa promiscuidad redundara en un aumento dramático de la corrupción.

Creadas las condiciones para la corrupción, ésta es susceptible de extenderse cada vez más rápidamente en las sociedades democráticas, debido a tres razones principales. En primer lugar, en estas sociedades la clase política es más amplia porque es menor la concentración de poder y, en esta medida, siendo más numerosos los agentes políticos son más numerosas las relaciones entre ellos y los agentes económicos y, por eso, son mayores las probabilidades y oportunidades para que se presente la corrupción. Tal presencia es tanto más posible cuanto más larga es la permanencia en el poder del mismo partido o grupo de partidos. Fue así en Italia y durante bastante tiempo en Japón y durante los ochenta en España, en Inglaterra y en Portugal.

En segundo lugar, la comunicación social en las sociedades democráticas es un auxiliar precioso en la investigación de la gran criminalidad política y lo es más cuanto menos activa es la investigación por parte de los órganos competentes de Estado. En tercer lugar, la competencia por el poder político entre los diferentes partidos y grupos de presión crea divisiones que pueden dar origen a

I Para una nueva teoría crítica del derecho

90

denuncias recíprocas, sobre todo cuando las relaciones con el poder económico son decisivas para avanzar en la carrera política, o cuando por diferentes razones, tales relaciones se vuelven conflictivas.

La corrupción es, junto con el crimen organizado vinculado sobre todo al tráfico de drogas y al blanqueo de dinero, la gran criminalidad de este tercer periodo y pone a los jueces en el centro de un problema complejo de control social. En el segundo periodo, la explosión del litigio se dio sobre todo en el ámbito civil y allí se puso en evidencia la visibilidad social y política de los jueces. En el periodo actual la visibilidad, sin dejar de existir en el ámbito civil, se traslada de algún modo hacia el ámbito penal.

El análisis de los jueces en el ámbito penal es más complejo, no sólo porque aquí coexisten dos magistraturas, sino también porque el desempeño judicial depende de las políticas de investigación. En la mayor parte de los países centrales¹⁵ el aumento del litigio civil en el periodo del Estado del bienestar se produjo junto con el aumento de la criminalidad y ésta no cesó de aumentar en el periodo actual. Así como en el litigio civil la masificación suscita la rutina y la productividad cuantitativa, en el ámbito judicial penal el aumento de la criminalidad pone de manifiesto los estereotipos que anteceden a la rutinización del control social por parte de los jueces y la selectividad de la actuación que ocurre por medio de ella.

Este fenómeno se presenta en varios procesos: en la creación de perfiles estereotipados de los crímenes más frecuentes, de criminales reincidentes y de factores criminales más importantes; en la creación, de acuerdo con tales perfiles, de especializaciones y de rutinas de investigación por parte de las policías y del Ministerio Público, siendo también los éxitos en estos tipos de investigación los que determinan las promociones en las carreras; en la creación de infraestructuras humanas, técnicas y materiales orientadas hacia la lucha contra el crimen que se integra con el perfil dominante, en la aversión, minimización o distanciamiento en relación con los crímenes que sobrepasan ese perfil, ya por el tipo de crimen o por el tipo de criminal, ya aun por los factores que pueden haber estado en el origen del crimen.

Este estereotipo determina la selectividad y los límites de la preparación técnica del desempeño judicial en su conjunto y en el ámbito del control social. La corrupción es uno de los crímenes que sobrepasa los estereotipos dominantes, bien sea por el tipo de crimen o por el tipo de criminal, o bien sea aún por el tipo de factores que pueden estar en el origen del crimen. Por eso, en un contexto

15 Sobre la «garantía judicial» de los derechos en los países semiperiféricos (en este caso, Colombia), cf. Palacio, 1989; Santos y García-Villegas (eds.), 2001; Arango, 2005 y García-Villegas, Rodríguez-Garavito y Uprimny, 2006. Cf. también León, 1989, una importante colección de textos en Bergalli y Mari, 1989 y también Bergalli, 1990. Sobre la separación entre el dinamismo de las transformaciones sociales y la rigidez del sistema judicial en España, cf. Toharia, 1974. Un análisis más reciente se encuentra en Andrés Ibáñez, 1989. Sobre el caso brasileño, cf. la excelente antología de textos en «Dossier Judicial», número especial de la Revista USP 21 (1994), coordinado por Sergio Adorno.

de aumento de la corrupción se plantea de inmediato la cuestión de la preparación técnica del sistema judicial y de la investigación para combatir este tipo de criminalidad. La falta de preparación técnica provoca, de por sí, la reticencia a ocuparse de la corrupción y en última instancia su minimización. Pero esta posición se encuentra agravada, en este caso, por otro factor igualmente importante: la falta de voluntad política para investigar y juzgar los crímenes en los que están implicados miembros de la clase política, individuos y organizaciones con mucho poder social y político.

La voluntad política y la capacidad técnica en la lucha contra la corrupción son los vectores más decisivos de neutralidad o falta de neutralidad política de los jueces en el tercer periodo. Son ellos los que determinan los términos en los que se traba la lucha política alrededor de la independencia de la justicia. Esto no quiere decir que los temas vinculados con la constitucionalidad del derecho ordinario y el refuerzo de la garantía de protección judicial de los derechos no continúen siendo importantes en las vicisitudes políticas propias de la independencia. Sólo que, en el tercer periodo, los argumentos más decisivos en pro y en contra de la independencia se juegan en el campo de combate contra la corrupción y es también aquí donde se discuten con más agudeza las otras dos cuestiones que atraviesan el poder judicial desde el primer periodo: la de la legitimidad y la de la capacidad.

En el segundo periodo, la politización de la independencia de los jueces venía dada por el hecho de que asumían una posición respecto a las políticas públicas adoptadas por el ejecutivo y el legislativo por referencia a la constitución. En este sentido se corresponsabilizaban por el cumplimiento de las políticas definidas constitucionalmente. En el tercer periodo, la politización de la independencia de los jueces proviene sobre todo del combate contra la corrupción y por eso ya no se enfrenta tanto a la consonancia o disonancia de la agenda política respecto de la constitución. Se enfrenta más directamente a los propios agentes políticos y a los abusos de poder de los que ellos son responsables. El enfrentamiento con los otros poderes es más directo y más amenazador para sus titulares. Por esta razón la cuestión de la independencia se confunde frecuentemente en este periodo con la de la legitimidad.

El aumento de la corrupción es sólo uno de los síntomas de la crisis de la democracia como sistema de representación política. La lucha contra la corrupción pone de nuevo al sistema judicial ante una situación casi de dilema: si omite una actuación agresiva en este ámbito, garantiza la conservación de la independencia, sobre todo en sus dimensiones corporativas, pero con eso colabora, por omisión, a la degradación del sistema democrático que, en última instancia, garantiza la independencia efectiva. Si, por el contrario, asume una posición activa de combate a la corrupción, tiene que contar con ataques demoleedores contra su independencia por parte, sobre todo, del poder ejecutivo, al mismo tiempo que se pone en la contingencia de ver transferida hacia sí mismo la confianza de los ciudadanos en el sistema político y, por ser el único órgano de soberanía que no está elegido de manera directa, acaba por suscitar agudos interrogantes relativos a su legitimidad.

Esta situación de un cuasi dilema marca aún más el contraste entre dos concepciones de independencia de los jueces que surgieron ya en el periodo del

I Para una nueva teoría crítica del derecho

92

Estado del bienestar. Por un lado, la independencia corporativa orientada hacia la defensa de los intereses y privilegios de clase de los jueces, coexiste con un desempeño reactivo, centrado en el microlitigio clásico y políticamente neutralizado. Por otro lado, la independencia democrática, que sin dejar de defender los intereses y los privilegios de clase de los jueces, los defiende como condición para que los juzgados asuman en concreto su parte de cuota de responsabilidad política en el sistema democrático a través de un desempeño más activo y políticamente controvertido. Estas dos concepciones y prácticas de independencia judicial presuponen dos maneras de entender el reparto y la legitimidad del poder político en el sistema democrático. Pero mientras en el segundo periodo los jueces, al optar entre una u otra, sólo condicionan el ejercicio más o menos avanzado de la convivencia democrática, en el tercer periodo la opción determina la propia supervivencia de la democracia. Mientras que en el segundo periodo estamos ante diferentes concepciones del uso del poder político, en el tercero estamos ante la diferencia entre el uso y el abuso del poder político.

No es sorprendente que los jueces, de un modo o de otro, sean llamados al centro del debate político y pasen a ser un ingrediente fundamental de la crisis de la representación política, bien sea porque contribuyen a ella, eximiéndose de su responsabilidad de combatir el abuso del poder, bien sea porque contribuyen a su solución, asumiendo esa responsabilidad. Además, esta responsabilidad puede asumirse con varios grados de intensidad. Hay que distinguir, por ejemplo, entre el combate puntual y el combate sistemático a la corrupción. El combate puntual se afirma en la represión selectiva, incidiendo sobre algunos casos de corrupción escogidos por razones de política judicial: porque su investigación es particularmente fácil; porque contra ellos hay una opinión pública fuerte, la cual si es defraudada por la ausencia de represión, profundiza la distancia entre los ciudadanos y la administración de justicia; porque siendo ejemplares tienen un elevado potencial de prevención y porque su represión tiene bajos costos políticos.

El combate puntual puede, por su naturaleza, servir para ocultar otro tipo de corrupción que quedaría por combatir y en esa medida puede servir para legitimar un poder político o una clase política decadente. A su vez el combate sistemático, al ser un combate orientado más por criterios de ilegalidad que por criterios de oportunidad, puede volverse más o menos desgastantes para el poder político y en casos extremos puede aún deslegitimarlo en su conjunto, como sucedió en Italia.

En estas condiciones, por una u otra vía, el poder judicial está fuertemente politizado en este periodo. La complejidad de este hecho está en que la legitimidad del poder político de los jueces se asienta en el carácter apolítico de su ejercicio. O sea, un poder globalmente político tiene que ejercerse de forma apolítica en cada caso concreto. Si en el segundo periodo la constitucionalidad del derecho ordinario tiende por fin a reforzar la efectividad de los derechos, en el tercer periodo la lucha contra la corrupción busca la eliminación de las inmunidades de hecho y de las impunidades en que éstas se traducen. El agravamiento de las desigualdades sociales en el tercer periodo mantiene viva y hasta refuerza la primera

exigencia (efectividad de los derechos), pero ahora ésta no puede cumplirse si la segunda (la lucha contra la corrupción) no se cumple también. La garantía de los derechos de los ciudadanos presupone que la clase política y la administración pública cumplen sus deberes para con los ciudadanos. Esta articulación explica en parte la actuación del poder judicial en Italia en el ámbito de la operación «Manos Limpias» (Tijeras, 1994). El activismo de una parte del sistema judicial italiano en defensa de los derechos económicos y sociales en el segundo periodo creó una cultura judicial intervencionista y políticamente frontal, cuyas energías fueron relativamente desviadas, en el tercer periodo, de la garantía de los derechos hacia la represión del abuso del poder político (Pepino y Rossi, 1993 y Rossi, 1994).

Si como dijimos antes, el litigio civil técnicamente complejo vino a suscitar la pregunta sobre la preparación técnica de los magistrados y, en último análisis, la pregunta sobre el desajuste entre la formación profesional y el desempeño judicial socialmente exigido, el combate contra la gran criminalidad plantea tanto la pregunta sobre la preparación técnica como la pregunta sobre la voluntad política. Entre una y otra se interponen otras preguntas que no cesan de ganar importancia, tales como la formación profesional, organización judicial, organización del poder judicial, la cultura judicial dominante, los patrones y orientaciones políticas de asociación de los jueces.

Estas preguntas «internas» al sistema judicial no se abordan y se deciden en un vacío social. Por el contrario, la naturaleza de las divisiones en el seno de la clase política, la existencia o no de movimientos sociales y organizaciones cívicas con agendas de presión sobre el poder político, en general, y sobre el poder judicial, en especial, la existencia o no de una opinión pública informada por una comunicación social libre, competente y responsable, son todos ellos factores que interfieren en el modo como se abordan las preguntas mencionadas.

Dadas las diferencias que estos factores conocen de país a país no es sorprendente que las cuestiones judiciales sean tratadas también de forma diferente de uno a otro. Sin embargo, no deja de ser curioso que estas diferencias coexistan con algunas convergencias igualmente significativas, haciendo que la corrupción, su combate y la visión política de los jueces que de todo ello resulta, esté ocurriendo en varios países. El mismo juego de diferencias y de convergencias debe tomarse en cuenta cuando se analizan en varios países las dos dimensiones más innovadoras de la judicialización de la «cuestión social» en el periodo pos-Estado del bienestar: la judicialización de la protección del ambiente y de la protección de los consumidores

III. Los jueces en los países periféricos y semiperiféricos

El análisis anterior se centró en la experiencia y en la trayectoria histórica de los jueces en los países centrales, los más desarrollados del sistema mundo, y sólo trató de la evolución del significado sociopolítico de la función judicial en el conjunto de los poderes del Estado. Es necesario ampliar ahora el análisis.

El nivel de desarrollo económico y social afecta al desempeño de los jueces en dos sentidos fundamentales. Por un lado, el nivel de desarrollo condiciona

I Para una nueva teoría crítica del derecho

94

el tipo y el grado de litigio social y, como consecuencia, el litigio judicial. Una sociedad rural, dominada por una economía de subsistencia, no genera el mismo tipo de litigios que una sociedad intensamente urbanizada y con una economía desarrollada. Por otro lado, aunque no se pueda establecer una correlación exacta entre desarrollo económico y político, los sistemas políticos en los países menos desarrollados o de desarrollo intermedio han sido en general muy inestables, con periodos más o menos largos de dictaduras, alternados con periodos más o menos cortos de democracia de baja intensidad. Este hecho no puede dejar de tener un fuerte impacto en la función judicial. Tal como ocurre en los países centrales, estos fenómenos interactúan de manera muy diferente de un país a otro, tanto entre los países menos desarrollados o periféricos, como entre los países de desarrollo intermedio. Dando por supuesto que el tipo y el grado del litigio se articula con muchos otros factores más allá del desarrollo económico, los analizaré en el siguiente apartado, en el cual también serán considerados dichos factores.

Concentrémonos por el momento en la articulación entre la función judicial y el sistema político. Los tres periodos analizados en la parte anterior no se adecuan a las trayectorias históricas de los países periféricos y semiperiféricos.

Durante el periodo liberal muchos de estos países eran colonias y continuaron siendo colonias por mucho tiempo (los países africanos), y otros sólo entonces pudieron conquistar la independencia (los países latinoamericanos). Por otro lado, el Estado del bienestar es un fenómeno político exclusivo de los países centrales. Las sociedades periféricas y semiperiféricas se caracterizan en general por ofensivas desigualdades sociales, que casi no son mitigadas por los derechos sociales económicos, los cuales, o no existen o tienen una aplicación muy deficiente. Incluso los propios derechos de primera generación, los derechos cívicos y políticos, tienen una vigencia precaria, que es fruto de la gran inestabilidad política que han vivido estos países, caracterizados por largos periodos de dictadura.

La precariedad de los derechos es la otra cara de la precariedad del régimen democrático y por eso no sorprende que la pregunta sobre la independencia de los jueces sea considerada en estos países de un modo diferente a como se considera en los países centrales. En estos últimos, los tres periodos corresponden a tres tipos de práctica democrática, y por lo tanto a variaciones de actuación política que ocurren en un contexto de estabilidad democrática. Esto no ocurre de ninguna manera en los países periféricos y semiperiféricos que vivieron en los últimos ciento cincuenta años largos periodos de dictadura¹⁶. Este hecho refuerza además la pertinencia de la distinción entre diferentes concepciones de la independencia de los jueces hecha en el apartado anterior. Como dije antes, la independencia de origen liberal dominante en el primer periodo, se atribuye a los jueces en la exacta medida en que éstos son políticamente neutralizados por una red de dependencias de la que destacamos tres: el principio de la legalidad que lleva a la subsunción lógico-formal limitada al microlitigio; el carácter reactivo

¹⁶ Aun así, la situación está lejos de ser lineal. Véase, por ejemplo el caso de los derechos laborales en Brasil a partir de la época de Vargas, analizados en un texto innovador de Paoli, 1994.

de los jueces, que los vuelve dependientes de la demanda de los ciudadanos; y la dependencia presupuestaria y administrativa en relación con el poder ejecutivo y el poder legislativo. Éste es el tipo de independencia que domina en los países periféricos y semiperiféricos hasta nuestros días, y quizá solamente hasta ahora esté siendo confrontado con los tipos más avanzados de independencia.

Por esta razón, los regímenes dictatoriales no tuvieron grandes problemas en salvaguardar la independencia de los jueces. Una vez garantizada su neutralidad política, la independencia de los jueces podía servir a los designios de la dictadura.

Así, según Toharia (1987), el franquismo español no tuvo grandes problemas con el poder judicial. Con el fin de garantizar totalmente su neutralidad política, apartó de los tribunales ordinarios la jurisdicción sobre los crímenes políticos y creó a tal efecto un tribunal especial con jueces políticamente leales al régimen. Lo mismo sucedió en Portugal durante el régimen salazarista. Con idéntico objetivo fueron apartados de los tribunales ordinarios dos áreas de litigio que podían ser fuente de controversia política: las cuestiones laborales, que se atribuyeron a los tribunales de trabajo tutelados por el Ministerio de las Corporaciones, y los crímenes políticos, para los que se creó el Tribunal Plenario con jueces nombrados en función de su lealtad al régimen.

Este patrón de relación entre los regímenes autoritarios y los jueces es muy generalizado y parece ser que ocurre tanto en regímenes autoritarios de larga duración como también en «regímenes de crisis», cuyo autoritarismo supuestamente es de corta duración. Neal Tate analiza tres casos: la declaración de Estado de sitio de Marcos en Filipinas en 1972; la puesta en práctica de poderes de emergencia por parte de Indira Gandhi en la India en 1975; el golpe militar del General Zia Ul Haq en Pakistán en 1977 (Tate, 1993: 311-338 y Tate y Haynie, 1993: 707-740). En todos estos casos, los líderes políticos tuvieron la preocupación de no tocar la independencia de los jueces después de asegurarse el control de las áreas «sensibles».

La independencia de los jueces en la matriz liberal es compatible pues con regímenes no democráticos. El control político tiende a ser ejercido mediante la exclusión de los jueces de las áreas de litigio políticamente importantes para la supervivencia del sistema, y por formas de intimidación difusa que crean sistemas de autocensura. El objetivo es reducir la independencia a la imparcialidad del juez ante las partes en litigio y garantizar la lealtad pasiva de los jueces al régimen. Esta estrategia garantiza al poder judicial una supervivencia relativamente disimulada, que sin embargo no le obliga a excederse en manifestaciones de lealtad, siendo ésta una de las razones por las cuales cuando los regímenes autoritarios caen, la gran mayoría de los magistrados es confirmada por el nuevo régimen y siguen en funciones.

De hecho, desde la década de los setenta del siglo XX hemos podido observar el declive de los regímenes autoritarios y los consecuentes procesos de transición democrática. A mediados de la década de los setenta fueron los países de la periferia europea, en los ochenta los países latinoamericanos, a finales de

I Para una nueva teoría crítica del derecho

96

la década de los ochenta los países del Este europeo, y a principios de la década de los noventa algunos países africanos. Estas transiciones instauraron procesos democráticos, muchos de los cuales están aun por consolidarse. Ocurrieron en un momento en el que en los países centrales se vivía ya el tercer periodo, o en algunos casos, el paso del segundo al tercer periodo. Este calendario histórico tuvo consecuencias fundamentales en el dominio de la garantía de los derechos. De una u otra manera los países periféricos y semiperiféricos se vieron en la contingencia de consagrar constitucionalmente de una sola vez los derechos que en los países centrales habían sido consagrados secuencialmente a lo largo de un periodo de más de un siglo, es decir, en el periodo liberal, los derechos civiles y políticos, en el periodo del Estado del bienestar, los derechos económicos y sociales y en el periodo del pos-Estado del bienestar, los derechos de los consumidores, de la protección del ambiente y de la calidad de vida en general. Obligados, por decirlo de alguna manera, a un cortocircuito histórico, no sorprende el hecho de que estos países no hayan permitido, en términos generales, la consolidación de un catálogo tan exigente de derechos de ciudadanía.

Como se comprende, las situaciones varían mucho entre países. En relación con el caso que más nos interesa, el de los países semiperiféricos, o sea los países de desarrollo intermedio, la consolidación de los derechos civiles y políticos es muy superior a la de los derechos de la segunda o de la tercera generación. Esta discrepancia es fundamental para comprender el desempeño judicial en esos países y las vicisitudes de la lucha por la independencia frente a los otros poderes.

En estos países, que pasaron por procesos de transición democrática en las últimas tres décadas, los jueces, de manera muy lenta y fragmentariamente, están asumiendo su corresponsabilidad política en la actuación benefactora del Estado. La distancia entre la constitución y el derecho ordinario en estos países es enorme y los jueces son en general tímidos al intentar acortarla. Los factores de esta tibieza son muchos y varían de país a país. Entre ellos, podemos contar sin ningún orden de precedencia: el conservadurismo de los jueces, incubado en facultades de derecho intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepciones retrogradadas de la relación entre derecho y sociedad; el desempeño rutinario fijo en la justicia retributiva, políticamente hostil a la justicia distributiva y técnicamente poco preparada para ella; una cultura jurídica cínica que no se toma en serio la garantía de los derechos, templada en largos periodos de convivencia o complicidad con sólidas violaciones de los derechos consagrados constitucionalmente, con la tendencia a ver en ellos simples declaraciones programáticas, más o menos utópicas; una organización judicial deficiente con carencias enormes tanto en recursos humanos como también en recursos técnicos y materiales; un poder judicial tutelado por un poder ejecutivo hostil a la garantía de los derechos o sin medios presuputarios para llevarla a cabo; fuerte ausencia de opinión pública y de movimientos sociales organizados para la defensa de los derechos y un derecho procesal hostil y anticuado.

Sin embargo, esto no significa que en algunos países, a lo largo de la época de los ochenta del siglo pasado, los jueces no hayan empezado a asumir una pos-

tura más activa y agresiva en defensa de los derechos. Por ejemplo en Brasil, como cita Faria, algunos jueces, sobre todo los de primera instancia, los que se enfrentan más de cerca con las flagrantes discrepancias entre igualdad formal y justicia social han creado una corriente jurisprudencial basada en la constitucionalidad del derecho ordinario, orientada hacia una tutela más efectiva de los derechos (1994: 52). Estas corrientes de jurisprudencia, aunque siempre minoritarias, asumen a veces una expresión organizativa, como es el caso en Brasil del movimiento del derecho alternativo, protagonizado por jueces involucrados en el refuerzo de la tutela judicial de los derechos.

Esa tibieza de los jueces en el dominio de la justicia distributiva y de los derechos sociales y económicos se prolonga también en el campo de la lucha contra la corrupción, que, como hemos visto, constituye junto con la tutela de los intereses difusos, sobre todo en las áreas del consumo y del medio ambiente, un área privilegiada de protagonismo político y visibilidad social de los jueces en los países centrales. Las causas de esta tibieza son en gran medida las mismas que determinan la tibieza en el campo de la tutela de los derechos. Pero se añaden otras específicas, que tienen que ver sobre todo con la falta de tradición democrática en estos países. Un poder político concentrado, tradicionalmente afirmado en una pequeña clase política de extracción oligárquica, supo crear a lo largo de los años inmunidades jurídicas y fácticas que redundaron en la impunidad general de los crímenes cometidos en el ejercicio de las funciones políticas¹⁷. Esta práctica se transformó en la piedra angular de una cultura jurídica autoritaria en la que sólo es posible condenar hacia abajo (los crímenes de las clases populares) y nunca hacia arriba (los crímenes de los poderosos). Incluso, los jueces no son vistos por los ciudadanos como los que tienen la responsabilidad de castigar los crímenes de la clase política. Son vistos como parte de esa clase política y tan autoritarios como ella. Curiosamente, sobre todo en América Latina, siempre que se habla de la corrupción relacionada con los jueces no es para hablar de la lucha contra la corrupción por parte de los jueces, sino más bien para hablar sobre la corrupción de los mismos (la venalidad de los jueces y funcionarios).

A pesar de esto, en los últimos años se han multiplicado las señales de una mayor actividad de los jueces en este campo ya sea para combatir la corrupción dentro del sistema judicial o bien la corrupción de la clase política, y en general el gran crimen organizado. Como vimos, el aumento de la corrupción política y el gran crimen organizado a nivel internacional son las grandes novedades criminales del tercer periodo analizado anteriormente. Además, el crimen organizado, sobre todo el narcotráfico, tiene vinculaciones más o menos estre-

17 A pesar de esto, en algunos países de América Latina hay muestras de la creciente resistencia de los ciudadanos a que las demás ramas del poder público sean capturadas por el poder ejecutivo, y en especial la justicia. El caso del Ecuador ilustra lo dicho aquí. La revuelta popular contra el presidente Lucio Gutiérrez, que terminó con su renuncia al poder en 2005, tuvo entre sus causas la manipulación del presidente en el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

98

chas con la clase política y los militares, y en algunos países latinoamericanos también con los grupos guerrilleros. En estas condiciones es fácil imaginar las dificultades con las que se enfrentan los jueces al pretender ejercer el control penal en este campo. Una de las más terribles dificultades consiste en el riesgo de la propia vida. Según la Comisión Colombiana de Juristas, en Colombia fueron asesinados entre 1977 y 1991 doscientos noventa funcionarios judiciales relacionados con investigaciones y juicios sobre corrupción política y crimen organizado. Esta cifra se ha incrementado en los últimos años, pues según esta misma entidad en el año 2000 fueron asesinados setenta y un funcionarios y en el 2003 la cifra se incrementó a setenta y cinco funcionarios judiciales. Aunque en algunos casos es posible que los asesinatos estén relacionados con la propia corrupción de los jueces, en este y en otros países hay innumerables jueces amenazados de muerte y sólo ahora empiezan a surgir manifestaciones de solidaridad internacional entre los jueces.

Para los países que pasaron en las últimas décadas por una transición democrática, el primer test hecho al sector judicial, en el ámbito de los crímenes cometidos mediante el abuso del poder político, consistió en el enjuiciamiento de los responsables por miles de asesinatos de opositores políticos y por otras graves y crueles violaciones de los derechos humanos, cometidos durante la vigencia de los regímenes dictatoriales. El resultado del test fue negativo para el sector judicial en su mayoría, aunque por razones no siempre imputables a él¹⁸. En los casos en donde la transición surgió debido a una ruptura entre el régimen autoritario y el democrático, como fue el caso de Portugal, y en cierta medida también el caso de Argentina, la existencia de tribunales especiales (tribunales militares), con jueces todavía leales al régimen depuesto, la falta de voluntad política para llevar a cabo la investigación, la existencia sobreviviente de perdones, la ocurrencia de la prescripción, los acuerdos entre las diferentes fuerzas políticas en el sentido de «borrón y cuenta nueva» sobre el pasado, fueron factores que contribuyeron a que los crímenes cometidos durante la dictadura quedaran impunes en general. En el caso de Argentina hubo, al comienzo, una fuerte corriente de opinión pública y de movilización social, en el sentido de reprimir los crímenes de la dictadura. Algo de esto se dio precisamente al inicio del periodo democrático, pero, como expone María Luisa Bartolomei, a mediados de la década de los ochenta el Presidente Raúl Alfonsín pudo haber negociado el fin de la represión con militares sublevados, a cambio del fin de la revuelta (1994: 19).

En los países en que la transición fue pactada, como por ejemplo en el caso de España, Brasil y Chile, la impunidad de los crímenes de abuso del poder y de violación de los derechos humanos cometidos durante la dictadura, fue negociada entre la clase política del régimen dictatorial y la del régimen democrático que emergía. En este caso los jueces fueron desde el comienzo excluidos del ejercicio del control penal de estos asuntos. De hecho, tal exclusión sirvió para reforzar la

18 Para el caso argentino, cf. Bartolomei, 1994, y para los demás casos latinoamericanos cf. Stotzky, 1993.

cultura jurídica autoritaria legitimadora de la inmunidad fáctica e incluso jurídica de los detentadores del poder político.

Podemos concluir que las trayectorias políticas y sociológicas del sistema judicial en los países periféricos y semiperiféricos son diferentes de las del sistema judicial en los países centrales, aunque haya entre ellas algunos puntos en común. El análisis comparado de los sistemas judiciales es de crucial importancia para comprender cómo, bajo formas organizativas y marcos procesales relativamente semejantes, se esconden prácticas judiciales muy distintas, con distintos significados sociopolíticos sobre la función judicial, así como distintas luchas por la independencia del poder judicial¹⁹.

IV. Las funciones de los jueces

En las secciones anteriores analicé la evolución histórica del significado sociopolítico de la administración de justicia, presuponiendo para eso un entendimiento amplio y mutante de las funciones de los jueces en la sociedad. Desde el momento en que nos concentramos en el desempeño de los jueces en cuanto punto de encuentro entre la demanda efectiva y la oferta efectiva de protección judicial, las funciones de los jueces pasaron a entenderse de modo más limitado, es decir, los jueces en cuanto mecanismo de solución de litigios. Ésta es sin duda una función crucial, tal vez la principal y sobre la que hay más consenso en la sociología judicial; pero no es la única. Al concentrarnos en ella acabamos por privilegiar la justicia civil, ya que es a través de ella como se realiza la función de la solución de litigios. Es necesario hacer una breve referencia a otras funciones de los jueces a fin de poder construir el marco conceptual y teórico adecuado a las actuaciones judiciales que sobrepasan el ámbito civil. Esto es aún más necesario si se tiene en cuenta que las diferentes funciones de la justicia no evolucionaron todas de la misma manera a lo largo de los tres periodos.

Los jueces desempeñan en las sociedades contemporáneas diferentes tipos de funciones y aquí distingo las tres principales: funciones instrumentales, funciones políticas y funciones simbólicas. En sociedades complejas y funcionalmente diferenciadas, las funciones instrumentales son las que son específicamente atribuidas a una determinada área de actuación social y que se consideran cumplidas cuando dicha área opera con eficacia dentro de sus límites funcionales. Las funciones políticas son aquellas a través de las cuales los campos sectoriales de actuación social contribuyen al mantenimiento del sistema político, y finalmente las funciones simbólicas son el conjunto de las orientaciones sociales con las que los diferentes campos de actuación social contribuyen al mantenimiento o destrucción del sistema social en su conjunto.

Las funciones instrumentales de los jueces son las siguientes: solución de los litigios, control social, administración y creación de derecho. Sobre la solución de litigios ya he dicho lo suficiente. El control social es el conjunto de medidas adop-

¹⁹ Este hecho hace todavía más problemático el intento de someter los sistemas judiciales de distintos países a los mismos modelos institucionales y funcionales (véase infra el capítulo 7).

I Para una nueva teoría crítica del derecho

100

tadas —ya sea mediante la interiorización o mediante coacción— en una determinada sociedad para que las acciones individuales no se desvien de forma significativa del patrón dominante de sociabilidad, designado como orden social. La función de control social de los jueces se refiere a su contribución específica al mantenimiento del orden social y a su recuperación siempre que éste es violado. Desde mediados del siglo XIX, coincidiendo con el inicio del periodo liberal, el triunfo ideológico del individualismo liberal y la exacerbación de los conflictos sociales, como resultado de la revolución industrial y la urbanización, sirvieron para plantear la cuestión central de cómo mantener el orden social en una sociedad que perdía o destruía rápidamente los fundamentos en que tal orden se había afirmado hasta entonces.

La respuesta fue encontrada en el derecho, en la existencia de una normativa única, universal, coherente, acorde con los objetivos de desarrollo de la sociedad burguesa y susceptible de poder imponerse por la fuerza.

Los tribunales de justicia fueron la institución a la que se confió tal imposición. Se puede decir que la solución de los litigios llevada a cabo por los jueces configura, en sí misma, una función de control social. Sin embargo, es en la represión criminal donde los jueces ejercen de forma específica esta función, porque es ahí donde el patrón de sociabilidad dominante es imperativamente afirmado ante el comportamiento desviado. En la medida en que esta afirmación coercitiva puede ser eficaz para la prevención, su contenido de imposición externa pasa a coexistir con el de influencia interiorizada.

El análisis del desempeño de los jueces en el ámbito de la justicia penal corresponde así al análisis de la eficacia del sistema judicial en el ámbito del control social. A lo largo de los tres periodos esta eficacia fue siempre problemática y aún más cuanto más rápidas fueron las transformaciones sociales. El sistema judicial con su peso institucional, normativo y burocrático tuvo siempre dificultades para adaptarse a las nuevas situaciones de comportamiento desviado. De alguna manera estamos viviendo hoy, con la cuestión de la lucha contra la corrupción, el último episodio de un largo proceso histórico de adaptación y los límites de la misma son evidentes una vez más e incluso ahora con mayor evidencia.

Las restantes funciones instrumentales de los jueces son tal vez menos obvias y algunos dirán que menos importantes; sobre todo varían mucho de un país a otro. Las funciones administrativas se refieren a una serie de actuaciones de los jueces que no son ni solución de litigios, ni control social. Así por ejemplo, el conjunto de los actos de certificación y de notariado que los jueces realizan por obligación legal en situaciones que no son de litigio (por ejemplo, divorcio por mutuo acuerdo, o el matrimonio). También son funciones administrativas las actuaciones que, no siendo de los jueces como tales, son de los magistrados judiciales (por ejemplo, comisiones de servicio) siempre que éstos son llamados a ejercer funciones de auditoría, de consultoría jurídica o de magistratura de autoridad en los distintos ministerios o departamentos de la administración pública. Estas funciones administrativas son residuos de la sociedad preliberal en donde las actividades judiciales eran con frecuencia ejercidas en conjunto con las actividades administrativas y por los mismos oficiales del rey.

De todas las funciones, la de creación del derecho por parte de los jueces es la más problemática, sobre todo en los países de tradición jurídica europea continental. Pero aun en los países del *common law* ha sido muy discutido y analizado el declive de la función de creación del derecho por parte de los jueces, un declive que se pudo haber iniciado en el segundo periodo (el periodo del Estado del bienestar), cuando el equilibrio de poderes fue en definitiva destruido en favor del poder ejecutivo. Sin embargo, pienso que, dejando a un lado la arquitectura constitucional y mirando más hacia las prácticas judiciales cotidianas, hay mucha creación de derecho en los juzgados, tanto en los países del *common law* como en los del derecho europeo continental. Se trata de una creación precaria, intersticial y caótica, pero no por eso menos importante, y de alguna manera destinada a aumentar en importancia en las circunstancias que parecen estar prevaleciendo en el tercer periodo jurídico-político. El periodo del pos-Estado del bienestar. De hecho, la creación intersticial del derecho prospera en la medida en que entran en crisis los principios de subsubción lógica en la aplicación del derecho. Muchas de las características del tercer periodo no hacen sino profundizar tal colapso, como lo son, entre otras, el surgimiento de la normativa casuística y negociada; la complejidad creciente de los negocios, traducida en el uso cada vez más frecuentes de cláusulas generales, conceptos indeterminados, principios de buena fe y de equidad; la presión formal o informal sobre los jueces para que actúen más como mediadores que como juzgadores. Todos estos factores hacen que se atenúen o sean cada vez más difusas las fronteras entre la creación y la aplicación del derecho. Es en esas fronteras en las que tiene lugar la creación judicial del derecho.

Por lo demás, como ocurre con el conjunto de las funciones judiciales, los tres tipos de funciones instrumentales se influyen de manera natural, se entrecruzan y de hecho ninguna puede entenderse de forma total, separada de las demás. Es sobre todo en la solución de litigios cuando los jueces crean el derecho y también cuando se ejerce la función de control social, mediante la afirmación de una normativa que deja de depender de la voluntad de las partes, a partir del momento en que éstas deciden someterse a ella (siempre que tienen la posibilidad de decidir lo contrario). Pero por otro lado, la justicia penal contiene siempre una dimensión de solución del litigio no sólo entre el acusado y la sociedad sino también entre él y la víctima. En los crímenes particulares esa dimensión es particularmente evidente, a tal punto que la frontera entre justicia civil y penal se vuelve problemática.

Es en gran medida a través del conjunto de las funciones instrumentales como los jueces ejercen también las funciones políticas y las simbólicas. En cuanto a las funciones políticas, ellas surgen desde luego del hecho de que los jueces sean uno de los órganos de soberanía. Más que interactuar con el sistema político son parte integrante de él. Sólo hay que identificar las funciones políticas específicamente confiadas a los jueces. La función de control social es una función eminentemente política, ya sea por la represión que ejerce o bien por el modo selectivo en cómo lo hace.

Los sistemas políticos conviven hoy, sin grandes perturbaciones para su

I Para una nueva teoría crítica del derecho

102

estabilidad, con niveles elevados de criminalidad individual, denominada común. No ocurre lo mismo con los otros tres tipos de criminalidad: el crimen organizado, el crimen político y el crimen cometido por políticos en el ejercicio de sus funciones, por causa o consecuencia de ellas, como es el caso de la corrupción ya mencionada. Las dificultades del sistema político ante estos tipos de criminalidad resultan de una situación paradójica, susceptible de ocurrir con más frecuencia de lo que se piensa. Por un lado, la existencia de esta criminalidad y su impunidad pueden, más allá de ciertos límites, poner en duda las propias condiciones de reproducción del sistema. Pero por otro lado lo mismo puede ocurrir si el castigo de esa criminalidad, por su carácter sistemático e inflexible, contribuye a cortar eventuales lazos del sistema político con tal tipo de criminalidad, en el caso de que tales lazos sean vitales para la reproducción del sistema político. Debido a esta paradoja, la actuación represiva de los jueces se da con frecuencia en el filo de la navaja, siempre más acá de las condiciones que podrían maximizar su eficacia y por eso, sujeta a críticas contradictorias.

Las funciones políticas de los jueces no se agotan en el control social. La movilización de los jueces por los ciudadanos en los campos civil, laboral, administrativo, etc., implica siempre la conciencia de derechos y la afirmación de la capacidad para hacer la reivindicación de los mismos, y en ese sentido es una forma de ejercicio de la ciudadanía y de la participación política. Por esta razón las asimetrías sociales, económicas y culturales en la capacidad para movilizar a los jueces, plantean interrogantes relativos a la justicia social y simultáneamente a las condiciones del ejercicio de ciudadanía. La visibilidad social y política del acceso, del costo y de la morosidad de la justicia como temas de debate público, deriva de la capacidad o incapacidad integradora del sistema político que por ellas se explica.

De esta articulación entre movilización judicial e integración política resulta otra función política de los jueces: la legitimación del poder político en su conjunto. En las sociedades democráticas el funcionamiento independiente, accesible y eficaz de la justicia constituye hoy uno de los más fuertes factores de legitimidad del sistema político. Como dije antes, las condiciones para esta politización de la función judicial fueron creadas, sobre todo en el periodo del Estado del bienestar, por el dramático incremento de los derechos de ciudadanía que durante él se dieron. A partir de entonces, la garantía efectiva de esos derechos fue políticamente distribuida por los poderes ejecutivo y legislativo, por un lado, encargados de la creación de los servicios y de las partidas presupuestarios y, por otro, por el poder judicial como recurso de instancia ante las violaciones del pacto de garantía. La crisis del Estado del bienestar en el tercer periodo es básicamente una crisis de garantía y de ahí la transferencia de compensación de la legitimidad del sistema político hacia la justicia.

Esta transferencia ha creado en los países centrales una sobrecarga política de la justicia, que si no es bien administrada o no responde de forma adecuada puede acabar por comprometer la propia legitimidad de los jueces. En los países periféricos y semiperiféricos la garantía estuvo, por así decirlo, en crisis desde el

comienzo. En este sentido las responsabilidades políticas del sector judicial son menores sólo porque es menor la legitimidad del sistema político en su conjunto. La relativa irrelevancia social de los jueces es por ello el otro lado de la distancia del sistema político en relación a los ciudadanos.

La transferencia de compensación de la legitimidad está asumiendo hoy otra forma, tanto en los países centrales como en los semiperiféricos, y con ella se diseña otra función política de la justicia. Se trata, como ya hemos señalado anteriormente, de la promiscuidad entre el poder económico y el político y de la consecuente criminalización de la política²⁰. En lo que respecta a la transferencia de compensación en el campo de los derechos, ésta se basa en el cuestionamiento de la capacidad benefactora del Estado, mientras que la transferencia de compensación en el campo de la corrupción política se basa en el cuestionamiento del sistema de representación política. La función de representación sustitutiva puede de esta manera sobrecargar demasiado la capacidad funcional de la justicia.

Estas últimas funciones políticas de los jueces sólo pueden ser mínimamente ejercidas en la medida en que cumplan sus funciones más generales, las funciones simbólicas. Las funciones simbólicas son más amplias que las políticas porque comprometen todo el sistema social. Los sistemas sociales se afirman en prácticas de socialización que fijan valores y orientaciones hacia valores, distribuyendo unos y otras por los diferentes espacios estructurales de las relaciones sociales (familia, producción, mercado, comunidad, ciudadanía, espacio mundial), según las especificidades de éstos, fijadas ellas mismas por criterios de especialización funcional socialmente dominantes²¹.

Tanto las funciones instrumentales como las funciones políticas²² poseen dimensiones simbólicas que serán más significativas en unos casos que en otros²³. Por ejemplo, de las funciones instrumentales, la función de control social es la que tiene más fuerte componente simbólico. La justicia penal actúa sobre comportamientos que en general se desvían significativamente de valores reconocidos como particularmente importantes para la reproducción normal de una determinada sociedad (los valores de la vida, de la integridad física, del honor, de la propiedad, etc.). Actuando con eficacia en este campo, se produce un efecto de confirmación de los valores violados. Una vez que los derechos de ciudadanía, cuando están interiorizados, tienden a enraizar concepciones de justicia retributiva y distributiva, la garantía de su protección por parte de los jueces tiene en general un poderoso efecto de confirmación simbólica.

Sin embargo, la mayor eficacia simbólica de los jueces surge de la propia

20 Sobre el cambio de los roles de los jueces cf. Domingo, 2000 y 2005.

21 Sobre los espacios estructurales, cf. Santos, 1995: 403-455, publicado em castellano en Santos, 2003b.

22 Sobre las funciones de los jueces y tribunales desde una perspectiva que busca resguardar y fomentar la inversión privada de los países cf. Buscaglia y Ratliff, 1997.

23 Sobre el tema más general de la eficacia simbólica del derecho, ver el importante estudio de García-Villegas, 1993. García-Villegas parte de una concepción distinta, y más amplia, de eficacia simbólica en su importante libro.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

104

garantía procesal, de la igualdad formal, de los derechos procesales, de la imparcialidad, de la posibilidad de recurso. En términos simbólicos, el derecho procesal es tan sustantivo como el derecho sustantivo. De ahí que la pérdida de eficacia procesal por la vía de la falta de acceso, de la morosidad, del costo o de la impunidad afecte la credibilidad simbólica de la protección judicial. Esto no significa que haya una relación lineal entre la eficacia del desempeño instrumental y político y la eficacia simbólica. En un Estado en general opaco o poco transparente, un desempeño instrumental deficiente de los jueces puede no afectar su eficacia simbólica, sobre todo si algunos casos ejemplares de buen desempeño instrumental van alimentando la comunicación social y si lo hacen de modo que la visibilidad de los tribunales quede reducida a esas zonas de atención pública.

V. Patrones de litigio y cultura jurídica

Por muy significativas que sean las diferencias entre países con distintos niveles de desarrollo en lo que respecta a las vicisitudes de la independencia y al significado sociopolítico de la justicia, se pueden hacer dos reflexiones comunes.

La primera, que es al fin y al cabo la conclusión más amplia de nuestro análisis hasta el momento, es la de que la lucha por la independencia del sistema y del poder judicial siempre es, a pesar de las infinitas variaciones, una lucha precaria, en la medida en que sucede en el contexto de algunas dependencias poderosas del sistema judicial en relación con el ejecutivo o con el legislativo. Se trata de una lucha con medios limitados contra otros poderes casi siempre hostiles ante una independencia que nunca es completa. En este sentido la independencia sólo se convierte en cuestión importante cuando se sobrepasan los límites de la falta de independencia considerados tolerables por las propias magistraturas o por los ciudadanos organizados en partidos, o en otras formas de asociación interesados en defender la independencia de los jueces²⁴.

Los intentos de ejercer el control político sobre la actividad judicial suceden por razones semejantes y recurriendo a medios similares: transferencia de ciertas áreas de litigio del ámbito de los juzgados ordinarios a juzgados especiales o a agencias administrativas bajo el control del poder ejecutivo; control sobre la formación, el reclutamiento y la promoción de los jueces; gestión de la dependencia financiera de los jueces. Para evitar este tipo de injerencias se han creado los Consejos de la Judicatura. Estas instituciones buscan que los jueces se autogobiernen y gestionen ellos mismos los recursos. Sin embargo, aunque se ha

²⁴ El análisis comparado de los sistemas judiciales es de importancia creciente y, sin embargo, es muy complejo debido a la multiplicidad de variables en juego. Sobre el tema, cf. Shapiro, 1986; Damáska, 1986; Schmidhauser, 1987; Cappelletti, 1991, 1999 y Holland (ed.), 1991. A nuestro entender, la mayor dificultad en el análisis comparado de los sistemas judiciales está en el hecho de que estos operan en un contexto de pluralismo jurídico, que condiciona de modo decisivo su desempeño, lo que varía de forma significativa de país a país. En Brasil, un análisis muy bien documentado del pluralismo jurídico puede leerse en Wolkmer, 1994.

avanzado en algunos aspectos en la autonomía judicial, estos Consejos dependen presupuestariamente del ejecutivo. De allí que su independencia no sea absoluta. Lo que en este ámbito verdaderamente distingue a los países periféricos de los centrales es el hecho de que sólo en los primeros los medios de control incluyen la intimidación seria y la propia eliminación física de los jueces.

La segunda reflexión, que suscita el análisis siguiente, es la de que en el terreno político concreto la lucha por la independencia depende del desempeño efectivo de los jueces. Este desempeño permite una enorme variación interna, y sólo cuando se traduce en ejercicios susceptibles de ampliar la visibilidad social o el protagonismo político más allá de los límites convencionales y acordados, entonces la independencia judicial se transforma en una lucha política de primera línea. Sin embargo, y al contrario de lo que pueda parecer, no hay una relación absolutamente unívoca y lineal entre los términos de la lucha por la independencia y los del desempeño efectivo, en la medida en que varía de país a país la sensibilidad política sobre el significado del desempeño y de sus variaciones.

Ante esto, es de crucial importancia analizar de la manera más pormenorizada posible los parámetros, las características y las variaciones del desempeño de los jueces. Además, un enfoque analítico muy centrado sobre la independencia judicial o el protagonismo político de los jueces, puede ocultar el conocimiento del trabajo efectivo de los jueces en la gran mayoría de los casos y en la mayoría de los días de trabajo judicial. Por esta razón paso a citar el marco teórico y la experiencia comparada, que a mi entender deben servir de referencia al análisis del desempeño efectivo de los jueces.

Como dije anteriormente, se sabe que el nivel de desarrollo económico y social condiciona la naturaleza del conflicto social e interindividual, la propensión a litigar, el tipo de litigio, y por lo tanto el desempeño de los jueces como expresión del patrón de consumo de la justicia, entendido éste como oferta efectiva de tutela judicial ante la demanda efectiva. Estando condicionado por el nivel de desarrollo, el patrón de consumo de la justicia actúa a su vez sobre él, potenciándolo o limitándolo. Añádase que el aumento del desarrollo socioeconómico no implica necesariamente el aumento del litigio en general, sino que puede implicar un aumento en ciertas áreas o tipos de litigio, lo cual entraña una disminución en otras. Por esta triple interacción, el análisis de las relaciones entre el desempeño de los jueces y el nivel de desarrollo socioeconómico es central en toda la sociología judicial²⁵.

25 Cf., sin embargo, Henckel, 1991, quien hace un análisis de la justicia civil brasileña comparándola en cuanto es posible con la alemana, para concluir que no hay diferencias estadísticas significativas entre el desempeño del sistema judicial de un país desarrollado y el de un país subdesarrollado; según él, las diferencias están sobre todo en los factores organizativos (persona, cualificación, salarios, infraestructuras). Se trata de un análisis algo controvertido, en la medida en que las semejanzas pueden ser la traducción de situaciones sociales totalmente distintas. Por ejemplo, el hecho de que en Alemania y en Brasil se esté bajo el amparo judicial tiene diferentes significados. En Brasil, supone que más de dos terceras partes de la población está marginada del acceso a la

I Para una nueva teoría crítica del derecho

106

Sin embargo, se sabe también que el nivel de desarrollo socioeconómico no explica por sí solo el nivel y el tipo de desempeño de los jueces, ya que países con niveles semejantes de desarrollo presentan perfiles judiciales muy distintos. Basta comparar por ejemplo Japón con los Estados Unidos, o a Holanda con Alemania. Así pues, debe atenderse a otros factores, y uno de ellos, tal vez el más importante, es la cultura jurídica dominante del país, casi siempre articulada con la cultura política.

La cultura jurídica es el conjunto de orientaciones hacia valores e intereses que configuran un patrón de actitudes frente al derecho y a los derechos, y frente a las instituciones del Estado que producen, aplican, garantizan o violan el derecho y los derechos.

En las sociedades contemporáneas el Estado es un elemento central de la cultura jurídica, y en ese sentido la cultura jurídica siempre es una cultura jurídico-política y no puede ser comprendida plenamente fuera del ámbito más amplio de la cultura política. Por otro lado, la cultura jurídica reside en los ciudadanos y en sus organizaciones, y en este sentido es también parte integrante de la cultura de la ciudadanía. A este nivel, se distingue de la cultura jurídico-profesional, que atañe sólo a los profesionales del foro y que, como tal, tiene ingredientes propios relacionados con la formación, la socialización, el asociacionismo, etc.

La cultura jurídica empezó a ser discutida a partir de los años sesenta del siglo XX, sobre todo en los Estados Unidos y también en Italia, bajo el impulso de la explosión del litigio que se comenzó a dar entonces en esos países²⁶. La idea era que la propensión a litigar es mayor en unas sociedades que en otras y que las variaciones están, en parte por lo menos, ancladas culturalmente, en la medida en que la propensión a litigar no aumenta necesariamente en la misma proporción que el desarrollo económico. Si bien en ciertas sociedades los individuos y las organizaciones muestran una clara preferencia por soluciones de consenso de los litigios o que de todos modos se obtienen fuera del campo judicial, en otras en cambio la opción por litigar se toma con facilidad²⁷.

Algunos autores, por ejemplo Kritzer (1989), comparan la propensión a litigar en países culturalmente próximos y hasta con un sistema jurídico semejante –como, por ejemplo, los Estados Unidos e Inglaterra o los Estados Unidos y Canadá– y encuentran diferencias significativas que reconducen a diferentes culturas jurídicas. Los Estados Unidos fueron considerados como los que tenían la más elevada propensión a litigar, configurando una «sociedad litigiosa» como la llamó Lieberman (1981)²⁸.

Este hecho suscitó un debate que se prolongó por toda la década de los

justicia, mientras que en Alemania el resultado es totalmente opuesto. O sea el Estado del bienestar sigue funcionando eficazmente y su desempeño no suscita las controversias que llevarían a exigir la intervención de los jueces.

26 Para la bibliografía relevante en este periodo cf. Santos, 1994:

141-161, publicado en castellano en Santos, 1998d.

27 Sobre culturas jurídicas, cf., por último Bierbrauer, 1994.

28 Sobre el cuestionamiento del nivel de litigio en la sociedad estadounidense cf. Galanter, 1983; Trubek et al., 1983.

ochenta, hasta convertirse, en las elecciones presidenciales estadounidenses de 1992, en el tema de la campaña electoral (Galanter, 1993a y 1993b). Se dieron entonces varias razones que alimentarían tal cultura del litigio, desde la existencia de un número excesivo de abogados al debilitamiento de los lazos comunitarios y de los compromisos de honor en la gestión de la vida colectiva. Según algunos la propensión a litigar propicia un enorme drenaje de recursos económicos que de otra manera podrían ser destinados a las tareas de desarrollo²⁹. Otros autores y estudios refutaron estos argumentos y pusieron en duda que hubiese habido una explosión del litigio o que los norteamericanos resultaran particularmente afectados al litigio³⁰.

Blankenburg, por su parte, defendió la idea de que la explosión del litigio, aunque con una dimensión real, había sido inflada por los medios de comunicación social a partir de procesos particularmente notorios, ya sea por su naturaleza o por la de los que intervinieron en ellos (Blankenburg, s/d). En estos términos, deducir la existencia de la cultura jurídica del litigio a partir de la explosión del litigio era incorrecta en la medida en que, aún concediendo con facilidad que tal explosión existía, la verdad es que la gran mayoría de los litigios continuaba resolviéndose fuera de los juzgados³¹.

Sin embargo, en un estudio sobre los patrones de litigio en cinco países europeos, todos de tradición jurídica continental, se llegó a la conclusión de que, aunque en todos ellos había habido un aumento del litigio en la década de los setenta, ese aumento varió de país a país y las variaciones no coincidieron con las de los indicadores de desarrollo (Ietswaart, 1990: 57).

En áreas de menor sedimentación cultural, las variaciones fueron sin embargo más uniformes. Así por ejemplo, se verificó una cierta disminución del litigio directamente relacionada con la actividad económica, lo que podría indicar que, en la medida que ésta se internacionalizó y se volvió técnicamente más compleja, dejó de existir en los tribunales un foro adecuado para la solución de los litigios que fue generando. Por otro lado, en casi todos los países desarrollados emergieron nuevos tipos de litigio relacionados con la aparición de la sociedad de consumo, con la degradación del medio ambiente y con el aumento dramático de la movilidad social y geográfica (ruptura de relaciones familiares y consecuentes divorcios; cuestiones de inquilinato).

En el análisis de las variaciones de los niveles de litigio es necesario dis-

-
- 29 Olson (1992) afirma que existe en Estados Unidos una «industria del litigio», responsable en gran parte del aumento del mismo. Una posición opuesta y bien fundada puede leerse en Epp, 1992.
- 30 Sobre este debate cf. Galanter, 1993a y 1993b. Más allá de eso otros autores han subrayado la continua incidencia de la solución negociada de litigios sin recurso a los jueces, en determinadas áreas, como por ejemplo en el área de los seguros (Ross, 1980) y de responsabilidad civil extracontractual (Genn, 1988). Cf. también Brigham, 1993 y Galanter y Cahil, 1994.
- 31 A pesar de eso, las diferencias nacionales ante el litigio son evidentes. El propio Blankenburg (1994: 780 ss.) muestra ese contraste entre las culturas jurídicas de dos países europeos con niveles de desarrollo semejante, Holanda y Alemania. Cf. también Kritzer y Zemans, 1993.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

108

tinguir entre las ondulaciones largas de litigio y las variaciones bruscas y de corta duración, ya que sólo las primeras tienen posibilidad de ser reconducidas a la evolución del patrón de desarrollo o a la cultura jurídica dominante. Las variaciones bruscas están en general relacionadas tanto con factores internos del sistema judicial —por ejemplo, una reforma procesal que desjudicializa cierto litigio— como con la transformación política drástica, desde la Alemania de la República de Weimar, los Estados Unidos del *New Deal*, el Chile de Allende, o el Portugal del 25 de abril de 1974 hasta la Francia de los socialistas de 1981.

Además, la razón por la cual la relación entre desarrollo socioeconómico y cultura jurídica, por un lado, y patrón de litigio por el otro, no es unívoca, reside en que el sistema judicial, de por sí o por la interferencia de los otros poderes políticos, no asiste pasivo a las variaciones de la demanda de tutela judicial siempre que estas exceden límites considerados tolerables. Por esa razón se realizaron las reformas de informalización de la justicia mencionadas anteriormente y además de ellas podríamos citar muchas más: la desjudicialización de los litigios de cobro de las deudas (Dinamarca), o de los divorcios por mutuo acuerdo (Portugal); la introducción de la responsabilidad objetiva en los accidentes de tráfico (Francia, Portugal); las propuestas cada vez más insistentes para despenalizar el consumo de drogas (Holanda). Lo que varía de país a país es precisamente la capacidad de adaptación de la oferta judicial a la demanda judicial. Cuando tal capacidad está ausente totalmente, la oferta judicial no deja de actuar sobre la demanda judicial, pero esta vez lo hace desanimando a esta última, aumentando con esto la discrepancia entre la demanda potencial y la demanda efectiva. En algunos países, la caída de la demanda de la protección judicial en ciertas áreas no tiene otra justificación que la falta de incentivos sobre la demanda, resultante de la débil calidad de la oferta.

VI. La pirámide del litigio

El concepto de cultura jurídica es útil siempre y cuando esté limitado en sus ambiciones analíticas y explicativas pues como vimos, muchos otros factores interfieren en la evolución de los tipos y niveles de litigio. Al referirse a los movimientos más estables, la cultura jurídica es un elemento analítico útil. Aunque el concepto haya sido desarrollado para designar actitudes ante el derecho, los derechos y la justicia, que se traducen en la elevada propensión al litigio, la verdad es que es igualmente legítimo hablar de culturas jurídicas en fuga ante el litigio o sea de culturas con una muy baja propensión a litigar. En cualquier caso, la utilidad de este concepto y del indicador que la sustenta (la propensión al litigio) sólo es realmente significativa cuando es posible cotejar el conjunto de litigios judicializables que ocurren en una sociedad determinada, o incluso de las relaciones sociales que los pueden originar. Sólo entonces se puede determinar con algún rigor el ámbito de la demanda potencial de la tutela judicial y la fracción de ella que se transforma en demanda efectiva. Esta investigación es muy difícil y muchas veces imposible.

El flujo ininterrumpido, indefinido y amalgamado de las relaciones socia-

les en una determinada sociedad hace imposible cualquier cuantificación fiable. Ello no es así sólo en las relaciones sujetas a algún tipo de registro (matrimonios, defunciones, pólizas de seguro, registro de accidentes, cheques sin fondos, escrituras públicas, contratos de alquiler, etc.). En estos casos es posible establecer lo que designamos por base de la pirámide del litigio. La misma dificultad existe en la determinación de las situaciones de litigio. En este ámbito, sólo mediante entrevistas u otras metodologías indirectas es posible tener una idea aproximada del nivel global del litigio en una sociedad determinada.

Sólo a partir de un conocimiento aproximado de la base de la pirámide del litigio es posible definir el perfil de ésta. El concepto de pirámide de litigio es utilizado para mostrar, haciendo uso de una metáfora geométrica, el modo como son formadas socialmente las relaciones de litigio en una determinada sociedad. Teniendo en cuenta que las que llegan a los tribunales y de éstas las que llegan a juicio, son la punta de la pirámide, es necesario conocer la trama social que media entre la punta y la base de la pirámide³².

Los litigios son construcciones sociales en la medida en que el mismo patrón de comportamiento puede considerarse litigio o no, según la sociedad, grupo social o el contexto de interacciones en que sucede. Como todas las demás construcciones sociales, los litigios son relaciones sociales que emergen y se transforman según dinámicas sociológicamente identificables. La transformación de éstas en litigio judiciales es sólo una alternativa entre otras y no es, de ninguna manera, la más probable aunque esa posibilidad varíe de país a país, según el grupo social y el área de interacción. Además, el propio proceso de aparición del litigio es mucho menos evidente de lo que a primera vista se puede imaginar. El comportamiento lesivo de una norma no es suficiente para que por sí solo pueda desencadenar el litigio. La gran mayoría de los comportamientos de ese tipo sucede sin que los lesionados tengan en cuenta el daño o identifiquen a su causante; sin que tengan conciencia de que tal daño viola una norma, o aun sin que piensen que es posible reaccionar contra el daño o contra el causante. Diferentes grupos sociales tienen percepciones diferentes de las situaciones de litigio y niveles de tolerancia diferentes ante las injusticias en la que se traducen. Por esta razón, niveles bajos de litigio no significan necesariamente una baja incidencia de comportamientos injustamente lesivos.

Son enormes los problemas conceptuales y metodológicos del estudio de las percepciones y evaluaciones de los daños. Personas diferentes con percepciones semejantes de una determinada situación hacen evaluaciones diferentes, y viceversa, hacen evaluaciones semejantes de situaciones percibidas de manera diferente. Muchos trabajadores tienen dificultad en saber si están enfermos, si la causa de su dolencia está relacionada con el trabajo, si el trabajo causante de la enfermedad viola alguna norma, o si es posible alguna reacción contra eso. Del

32 Las formas de pluralismo jurídico analizadas en el capítulo 2 operan muchas veces en el ámbito de la pirámide de litigios, en la medida que diferentes ordenes jurídicos intervienen en el mismo litigio en diferentes momentos o mismo simultáneamente.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

110

mismo modo, sólo una inspección de los documentos del préstamo haría posible saber si el deudor fue víctima de la usura en caso de que él mismo no se haya dado cuenta de eso. Las personas se exponen a daños y son injustamente lesionadas en muchas más situaciones que aquellas de las que tienen conciencia. Ciertos grupos sociales tienen una capacidad mucho mayor que otros para identificar los daños, evaluar su injusticia y reaccionar contra ellas. Mientras más baja es la capacidad de identificación, más difícil se hace evaluar el significado sociológico de la base de la pirámide. Subyacente a las situaciones identificadas como generadoras de litigio puede estar un conjunto mayor o menor de conductas injustamente lesivas, un conjunto en gran medida indeterminado.

Sin embargo es posible determinar los factores sociales que condicionan la capacidad para tener en cuenta los daños y evaluarlos como tales. Naturalmente existen factores relacionados con la personalidad, importantes en este ámbito pero que sólo operan en conjunto con factores sociales tales como clase, sexo, nivel de escolaridad, etnia y edad. Los grupos sociales que tienen en estas variables situaciones de mayor vulnerabilidad son también aquellos en que tiende a ser menor la capacidad para transformar la experiencia de la lesión en litigio.

Más allá del factor de la personalidad y de las variables estructurales, es necesario contar también con las variables interpersonales, es decir, con la naturaleza de las relaciones entre individuos en el contexto de las cuales surge una situación en potencia con carácter de litigio. Por ejemplo, el mismo comportamiento de un familiar íntimo o de un extraño puede tener significados totalmente distintos. El tipo de ámbito social en el que se tejen las relaciones es igualmente decisivo. Los individuos se relacionan en la familia, en el trabajo, en la vecindad, en el mercado, en la política, en la diversión, etc.; y en cada uno de estos campos crean interacciones que potencian determinados tipos de percepciones y evaluaciones y bloquean otros. Por otro lado, de la misma manera que existen relaciones que son fáciles de interrumpir o dar por terminadas, hay otras cuya interrupción o fin acarrearán costos importantes para uno o para todos los participantes. La consistencia, la dirección múltiple, la profundidad y la duración de la relación son factores decisivos, según las circunstancias, en la creación o en el bloqueo de situaciones de litigio. Además, se debe tener en cuenta que todos estos factores o variables no son solamente decisivos en el proceso de surgimiento del litigio, sino que lo son también en las transformaciones necesarias por las que el litigio pasa hasta su solución cuando esto ocurre.

El hecho de que sea reconocida la existencia del daño, de su causante y de la violación de normas que acarrea, no significa que el litigio surja necesariamente. Para ello es necesario que el lesionado encuentre que el daño es de algún modo remediable, reclame contra la persona o entidad responsable por el daño de que es víctima y sepa hacerlo de manera creíble y clara. Cuando esto ocurre el litigio surge solamente cuando tal reclamo o queja es rechazada en su totalidad o en parte. Sólo entonces es cuando la relación social se sitúa en la base de la pirámide.

El trayecto recorrido hasta aquí es sociológicamente muy importante para determinar el contenido de justicia distributiva de las medidas destinadas a incre-

mentar el acceso a la justicia. Como sabemos, tales medidas buscan disminuir las desigualdades en el consumo de la justicia. Sin embargo, lo que ocurre es que tales medidas sólo pueden beneficiar a aquellos que pasan el umbral de la percepción, de la evaluación y de la identificación del responsable del daño. Como vimos, ciertos grupos sociales tienen más capacidad que otros para pasar tal límite. Los que tienen menor capacidad están en peores condiciones para que sean beneficiados por un incremento del acceso a la justicia. Esto significa que el acceso a la justicia, sobre todo en países donde es muy deficiente, es doblemente injusto para los grupos sociales más vulnerables, porque no promueve una percepción y una evaluación más amplia de los daños sufridos de manera injusta en la sociedad, y porque, en la medida en que tal percepción y evaluación ocurre, no permite que ésta se transforme en una demanda efectiva de la tutela judicial.

El reclamo del lesionado no provoca necesariamente el litigio una vez aquel es rechazado en su totalidad o en parte. Solamente será un litigio si el lesionado no está de acuerdo con el rechazo y decide reaccionar ante el mismo. Puede tener buenas razones para no hacerlo. Por ejemplo, el inconformismo puede incluir el riesgo de poner en peligro de manera global una relación que en otros niveles es benéfica para el lesionado. Esto ocurre sobre todo en el caso de las relaciones multiplexas, es decir relaciones que unen a los individuos a través de múltiples vínculos (amistad, familia, religión, etnia, negocios)³³. Siempre que éstos se vean afectados de forma parcial por el comportamiento lesivo, el desencadenamiento del litigio puede tener un efecto de polarización que puede contribuir al aumento de la dimensión de la lesión antes que pueda remediarse. El incentivo para «aguantar» en estas condiciones puede ser mucho más grande. Cuanto más desiguales son las posiciones sociales de las partes en litigio, mayor es este incentivo en el caso de que el lesionado sea la parte con la posición social inferior. Si el incentivo para tolerar es neutralizado por el impulso inconformista se desencadena el litigio.

Una vez desencadenado el litigio su ámbito puede variar enormemente, no sólo en función de los factores o variables que comentamos anteriormente, sino también de los objetivos de los litigantes y de los mecanismos que juzgan tener a su disposición para llevar a cabo esos objetivos. Además, como bien observó Aubert, la relación entre objetivos y mecanismos de solución es recíproca: los objetivos influyen en la selección de los mecanismos escogidos, y según los mecanismos se alteran los objetivos (Aubert, 1963: 33 y Santos, 1977). Los objetivos dependen también de la evaluación que se hace de la lesión y de la injusticia que se constituye. Dicha evaluación tiene mucho que ver con la conciencia de los derechos y, en última instancia, con la cultura jurídica dominante en el grupo de referencia del lesionado. Una elevada conciencia de derechos tiende a ampliar el ámbito de la lesión, y en correspondencia con éste, los objetivos de su reparación.

En un complejo sistema de *feedback* la evaluación de la dimensión de la lesión y los objetivos de la reparación están, como hemos dicho, en íntima interac-

33 Sobre el concepto de las relaciones multiplexas, cf. Santos (1977 y 1988).

I Para una nueva teoría crítica del derecho

112

ción con los mecanismos de solución a disposición del lesionado y con la capacidad de éste o del propio mecanismo para convocar al proceso de solución causante del daño. Se puede decir que todas las sociedades mínimamente complejas tienen disposición de los litigantes un conjunto más o menos numeroso de mecanismos de solución de los litigios, entendiendo como tales todas las instancias susceptibles de funcionar como tercera parte, o sea como instancias decisorias exteriores a las partes en litigio. Ellas son muy variables según la oficialidad, la formalidad, el acceso, la especialización, la eficacia, la eficiencia, la distancia cultural, etc. En general los jueces tienden a ocupar uno de los extremos en muchas de esas dimensiones. De todos los mecanismos de solución de litigios disponibles, los jueces tienden a ser los más formales, los más especializados y los más inaccesibles. En cuanto a las otras dimensiones, su posición varía mucho de país a país y de un área de litigio a otra.

No sorprende que antes de recurrir a los jueces, las partes de un litigio intenten, siempre que sea posible, solucionarlo con instancias no oficiales más accesibles, más informales, menos distantes culturalmente, y que garanticen un nivel aceptable de eficacia: desde un familiar o vecino respetado hasta una organización comunitaria, centro de conciliación, asociación o club disponible; o incluso un profesional, sea éste un abogado, un terapeuta, un sacerdote, un asistente social, un médico, o un profesor. Todos son potencialmente terceras partes y pueden en efecto funcionar como tales dependiendo de muchos factores. La elección tiene que ver sobre todo con las relaciones existentes entre las partes en litigio, con el área social del litigio, con los niveles de socialización de ambas partes, con mecanismos de solución y con los medios de que disponen para realizar la selección en las mejores condiciones.

Factores económicos, sociales y culturales de distinto orden convergen en la selección de una determinada tercera parte. La selección muchas veces sólo es visible a nivel agregado, pues a nivel de las decisiones individuales no existe muchas veces un gran campo para escoger, una vez que el mecanismo utilizado surge como el único disponible o adecuado. Por esta razón las soluciones sugeridas o decididas por las terceras partes son de una manera general aceptadas, aunque no dispongan de ningún medio formal para imponer sus decisiones. El acatamiento de la decisión puede surgir de consideraciones de oportunidad y del cálculo de los costos, en el caso de no ser acatada, pero muchas veces tiene su origen en la propia autoridad que decide³⁴.

Las distinciones posibles entre las terceras partes son muchas. En cuanto a los poderes de decisión se distinguen tres tipos principales de solución de los litigios por tercera parte, mediación, arbitraje y adjudicación. De manera ideal, en la mediación, la tercera parte no decide y ni siquiera propone una decisión *motu proprio*, limitándose a aproximar progresivamente las posiciones de las partes en litigio hasta reducir a cero la contradicción o la diferencia entre ellas. Al contrario, en el arbitraje, la tercera parte es designada por las partes para emitir una decisión

34 Sobre los mecanismos de solución de litigios en las llamadas favelas de Río (barrios de invasión) cf., entre otros, Santos, 1977 y Junqueira y Rodrigues, 1992.

vinculante sobre las pretensiones de las partes y tal como estas la formularon. En la adjudicación la decisión vinculable no surge del mandato de las partes sino del orden jurídico al que están sujetas.

En relación con el estilo decisivo, y en articulación con los poderes de quien decide, se suele distinguir entre decisiones mínimas y suma cero³⁵. Las primeras buscan maximizar el compromiso entre las pretensiones opuestas, de modo que la distancia entre quien gana y quien pierde sea mínima y, si es posible, nula. Las decisiones suma cero, o decisiones de adjudicación, son aquellas que maximizan la distinción y la distancia entre la pretensión acogida y la rechazada y, por lo tanto, entre quien gana y quien pierde.

En cuanto a los recursos normativos de los que se sirve la tercera parte para decidir, pueden ser de naturaleza jurídica, técnico-profesional o ética. Desde un punto de vista sociológico, las sociedades son jurídicamente plurales en la medida en que el derecho oficial coexiste con otros derechos que circulan de manera extraoficial en la sociedad, en el ámbito de relaciones sociales específicas, tales como las relaciones de familia, de producción y trabajo, de vecindario, etc. Esta normativa es movilizadada con frecuencia por los mecanismos informales de solución de conflictos. Lo normativo está solo implícito en el caso de los criterios profesionales, técnico-deontológicos, que tienden a ser accionados en litigios emergentes de relaciones profesionales. Pero en casi todos estos mecanismos, aunque en unos más que en otros, se da el recurso a los criterios éticos dominantes que intervienen en constelaciones de sentido mucho más complejas y donde figuran también normas jurídicas y criterios técnico-profesionales.

El predominio de uno o de otro tipo de mecanismos de solución varía de país a país, pero tiene siempre mucho que ver con los tipos dominantes de relaciones sociales (relaciones complejas más o menos duraderas, más o menos profundas, etc.) y de cultura jurídica. Una vez sometido a un mecanismo determinado de solución, cualquiera que sea su tipo, el litigio es transformado por los poderes, estilos y recursos normativos del mecanismo antes de ser solucionado de manera eventual por él. El familiar, el terapeuta, el vecino, la asociación, la iglesia, cada uno de ellos a su manera, reformula, expande o contrae el litigio a medida que se informa sobre él, a fin de adecuarlo al tipo de soluciones que puede, de manera creíble, emitir a la luz de sus poderes, estilos y recursos normativos³⁶. La solución del litigio puede darse y ser aceptada, caso en el cual la trayectoria del litigio llega a su fin. Y lo mismo ocurre si la parte lesionada se resigna ante la ausencia de solución o ante una solución que, a pesar de iniciarla, siente que no pueda contradecir.

Si ninguna de estas situaciones se da, el mecanismo de solución habrá fracasado en sus propósitos y la trayectoria del litigio prosigue y con un nivel de polarización eventualmente todavía más elevado. Y puede seguir, ya sea para someterse a otros mecanismos de solución informal o extraoficial, ya para someterse a los jueces. En el primer caso, el análisis seguirá los pasos que acabamos de dar.

35 Sobre este tema cf., en especial, Nader, 1990; también Gulliver, 1979.

36 Sobre los procesos de transformación de los litigios, cf. Felstiner, Abel y Sarat, 1980: 81; Pastor, 1993: 113 ss. y Blankenburg, 1994: 691 ss.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

114

En el segundo caso entramos en el ámbito de la judicialización oficial del litigio. El recurso a la justicia en cuanto instancia privilegiada y especializada de solución de litigios en las sociedades contemporáneas se da así, en un campo de alternativas variadas de solución y de tal modo que el juzgado de primera instancia, llamado a solucionar el litigio, es sociológicamente casi siempre una instancia de recurso, es decir, es accionado después de haber fracasado otros mecanismos informales utilizados en un primer intento de solución. Este hecho es crucial para entender el desempeño judicial, en la medida en que se muestra que éste no sucede en un vacío social, ni significa el punto cero de la solución del litigio a resolver.

La intervención del juez es sin duda un momento crucial en la historia de la vida de un litigio, pero de ninguna manera agota la comprensión de éste en toda su riqueza y dimensión. Por otro lado, el significado sociopolítico del desempeño judicial no puede ser el mismo en un país donde abundan y son eficaces los mecanismos informales de solución de litigios y en un país donde esto no sucede. Lo mismo se puede decir, dentro del mismo país, de las diferentes áreas de práctica social, algunas con vastos recursos de solución informal y otras con ninguno. Así por ejemplo, tales recursos son en principio más vastos en la familia que en la fábrica y en ésta más vastos que en la práctica criminal. Pero, como ya afirmamos, los recursos de solución de litigios de una determinada sociedad deben ser vistos en su conjunto y en el conjunto de sus múltiples interacciones cruzadas. A modo de ilustración, la falta de acceso a la justicia, su pobre desempeño o su irrelevancia en la sociedad, pueden deberse en parte a la abundante existencia de mecanismos informales, accesibles y eficaces en esa sociedad, como resultado del dominio de una cultura jurídica de fuga al litigio judicial. Pero por otro lado, la existencia de tales mecanismos alternativos, lejos de resultar de una preferencia cultural, puede ser sólo el fruto de una solución de segunda categoría, en función de la inaccesibilidad de los tribunales.

Una vez franqueada la puerta del juzgado, la intensidad del uso de este mecanismo de solución puede variar todavía más. El proceso de transformación del litigio en el seno de los mecanismos de solución informales que eventualmente intervinieron y fracasaron en anteriores momentos, sigue ahora y con mucho más intensidad, debido al carácter especializado y profesional de la intervención judicial. Se trata, en las sociedades contemporáneas de raíz liberal, de un mecanismo maximalista que tiene oficialmente el monopolio de la solución de los litigios y que dispone de poderes totales para imponer su decisión. De ahí que privilegie un estilo de decisiones de tipo suma-cero, sin poner en riesgo su solidez institucional por el hecho de llevar al extremo la polarización entre perdedores y ganadores.

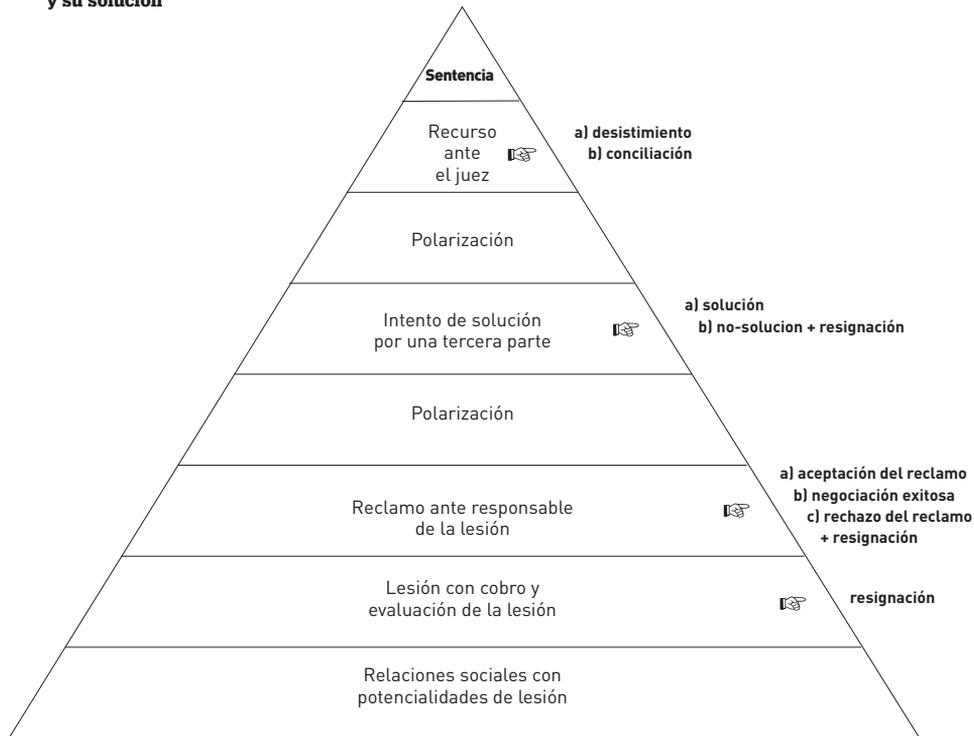
Por el contrario, su solidez se alimenta de este extremismo. El mismo maximalismo es responsable de un recurso exclusivo a criterios jurídicos, lo más estrictamente definidos y siempre con referencia exclusiva al derecho oficial, dejando por fuera, por ser irrelevante, toda la normativa jurídica no oficial.

La transformación judicial a que se somete el litigio realmente empieza cuando se consulta al abogado y se contratan sus servicios. Ahí puede verse cómo la transformación judicial crea nuevas alternativas de solución, algunas de las

cuales tienen un fuerte componente extrajudicial. Por ejemplo, es posible que el abogado se transforme él mismo en un mecanismo de solución del litigio buscando, por ejemplo, el acuerdo entre las partes. Si esto no ocurre o no tiene éxito, el juez interviene pero su intervención sólo asume el máximo de intensidad cuando el litigio sigue hasta el juicio, donde es resuelto. En muchas situaciones tal hecho no ocurre porque las partes desisten o llegan a un acuerdo, promovido o no por el propio juez. En algunos casos tal promoción es obligatoria. En la mayoría de ellos se trata de una estrategia que ha venido a ser cada vez más utilizada por los jueces con el objetivo de aliviar la sobrecarga de trabajo o el bloqueo del juzgado. Galanter y otros han llamado la atención acerca del papel de mediador y de árbitro que el juez asume últimamente y que ejerce al margen de las normas procesales que supuestamente deben regular su actuación (Galanter, 1984, 1988 y Rohl, 1983). Muchas veces, esta actividad de mediar está en contra de los deseos de las partes, pero otras veces es sugerida por el juez con una dosis mayor o menor de imposición.

En realidad, la punta de la pirámide está constituida por los litigios que son solucionados por enjuiciamiento (Figura 1), dejando de lado el diminuto porcentaje de los litigios que sólo son resueltos en las instancia de recurso. Esta punta

Figura 1.
Pirámide de los litigios
y su solución



I Para una nueva teoría crítica del derecho

116

varía de sociedad a sociedad. Reglas procesales y culturas jurídicas, judiciales y de abogacía diferentes, hacen que sea diferente de sociedad a sociedad el porcentaje de acciones que son decididas por enjuiciamiento. Existen sistemas judiciales que incentivan y otros que desestimulan los enjuiciamientos y, en cualquiera de los casos, pueden hacerlo como ya sugerimos por medios formales o informales, oficiales o no.

VII. Conclusión

Este capítulo debe ser leído en consonancia con el capítulo 7. En ellos intento, desde dos perspectivas diferentes, determinar el lugar de los tribunales en la sociedad y el Estado modernos y su evolución en las diferentes fases del desarrollo capitalista. La contribución de los tribunales a la legitimación del Estado moderno ha sido siempre compleja –teniendo presentes las diferentes funciones de los tribunales: instrumentales, políticas y simbólicas– y problemática, en la medida en que la propia legitimidad de los tribunales es cuestionada cuando la actividad judicial colisiona con la de los otros órganos soberanos. A pesar de que la situación es muy distinta en los países centrales, periféricos y semiperiféricos, hoy por hoy asistimos a un incremento del protagonismo político de los tribunales. La judicialización de la política está produciendo la politización de los tribunales. Los factores que explican estos cambios son analizados en el capítulo 7. Los factores globales interactúan con condiciones que varían de país en país y de los cuales distingo dos: la cultura jurídica dominante y el lugar específico de los tribunales en el paisaje mucho más amplio de los mecanismos de resolución de litigios, formales e informales, oficiales y no-oficiales, existentes en la sociedad. Este lugar es muy distinto en los países centrales y en los países periféricos. Una ilustración de este lugar de los tribunales en un país periférico, Mozambique, es analizada en el capítulo 5. De los mecanismos no-judiciales de resolución de litigios hago un análisis más detallado en el capítulo 4.

4

EL DERECHO DE LOS OPRIMIDOS: LA CONSTRUCCIÓN Y LA REPRODUCCIÓN DE LA LEGALIDAD EN PASÁRGADA

I. Introducción

Pasárgada es el nombre ficticio de un asentamiento ilegal (o *favela*, en portugués) de la ciudad de Río de Janeiro. Debido a la ausencia del sistema jurídico estatal, y especialmente al carácter ilegal de las favelas como asentamientos urbanos, las clases populares que habitan en ellas idearon estrategias de adaptación con el objeto de asegurar un mínimo de orden social en las relaciones de comunidad. Una de dichas estrategias implicaba la creación de un tipo de legalidad interna, paralela a la legalidad oficial del Estado y, a veces, en contradicción con ella. Desde la perspectiva de la pluralidad jurídica que se presentó en el capítulo 2, este capítulo describe la legalidad de Pasárgada desde dentro, a través de un análisis sociológico de la retórica jurídica empleada en la prevención y resolución de conflictos y de sus relaciones (asimétricas) con el sistema jurídico oficial brasileño.

El estudio del derecho de Pasárgada nació de mi interés por descubrir la manera en la que funciona un sistema jurídico como un todo dentro de una sociedad de clases, como es la brasileña. En el momento de realizar la investigación de campo (1970), existían algo más de doscientos asentamientos ilegales (favelas) en Río de Janeiro, cuya población oscilaba alrededor de los dos millones de habitantes. En ese entonces, como ahora, no todas las personas pobres vivían en las favelas, al igual que no todos los habitantes de las favelas eran personas de escasos recursos. Bastante gente de estratos bajos se radicaba en lugares distintos a las favelas (entre ella, algunas de las personas más pobres), mientras que había personas de clase media que sí residían en ellas. Aun así, resulta innegable el hecho de que la mayoría de habitantes de las favelas pertenecían a los estratos más bajos. A los efectos de mi estudio, seleccioné una de las favelas más antiguas y extensas de Río. La denominé Pasárgada, siguiendo el título del poema escrito por el poeta brasileño Manuel Bandeira. La investigación de campo se desarrolló de acuerdo con el método de la observación participante, por momentos aplicada de manera informal. Viví en Pasárgada de julio a octubre de 1970, participando en la vida de la comunidad tanto como me fue posible. Aunque el periodo de trabajo de campo fue corto, logré emprender una observación participante desde el comienzo, debido a que el portugués es mi lengua natal.

Los estudios de resolución de conflictos realizados por la antropología del derecho me facilitaron la principal estructura analítica de la investigación. Sin embargo, durante el desarrollo de mi trabajo empecé a prestarle la misma atención al tema de la prevención de conflictos que la que le dedicaba al tema de la resolución de conflictos, ya que, según se me hizo patente desde las primeras fases de la investigación de campo, la manera en que las personas prevenían los conflictos

I Para una nueva teoría crítica del derecho

118

guardaba relación con los modos en que se dirimían las disputas una vez que éstos ocurrían. Debido a que centré mi investigación en los mecanismos de prevención y resolución de conflictos suscitados en las actividades de la Asociación de Residentes de Pasárgada, empecé a concebir este tipo de mecanismos, así como sus acuerdos institucionales, como expresiones de un sistema jurídico no oficial, el cual denominé como derecho de Pasárgada. Luego pasé a analizar este derecho, a la luz de sus relaciones dialécticas con el sistema oficial brasileño, como un ejemplo de pluralismo jurídico. Para ello empleé una estructura de análisis de clase, explorando dicho ejemplo de pluralismo jurídico como una relación producida entre un sistema jurídico dominante (el sistema jurídico oficial brasileño, controlado por las clases dominantes del Brasil) y un sistema dominado (el derecho de Pasárgada, controlado por las clases oprimidas).

Con excepción de los trabajos académicos escritos por Gluckman (1955), Fallers (1969) y Bohannan (1957), los trabajos académicos sobre antropología del derecho y sociología jurídica le habían concedido hasta entonces escasa atención a las estructuras del razonamiento y de la argumentación jurídica dentro de los procesos sociojurídicos. El análisis de la retórica jurídica se había dejado en manos de los filósofos del derecho, quienes por regla general ignoraban el contexto sociológico dentro del cual operaban los discursos jurídicos. Así, el estudio del derecho de Pasárgada fue concebido como un intento por desarrollar una sociología empírica de la argumentación jurídica. Basándome en ciertas ideas y conceptos desarrollados por la filosofía del derecho europea, identifiqué algunas estructuras básicas de razonamiento y de argumentación jurídica, relacionándolas asimismo con otro tipo de rasgos del entramado social y jurídico. Comenzaré la presentación de ese estudio delineando la teoría de la resolución de conflictos y de la argumentación jurídica que está detrás de esa teoría de la resolución de conflictos¹. A continuación, analizaré en profundidad la argumentación jurídica que subyace a la resolución y prevención de los conflictos que realiza la Asociación de Residentes de Pasárgada.

II. Justiciabilidad, retórica y tratamiento de los conflictos

Según la concepción del derecho presentada en el capítulo 3, tanto los procedimientos uniformes como los patrones normativos deben ser «considerados como asuntos justiciables dentro de un grupo o una comunidad dada». La justiciabilidad es definida por H. Kantorowicz como el rasgo característico de aquellas reglas «que son consideradas como las apropiadas para ser aplicadas por un órgano o autoridad judicial en un procedimiento determinado» (1958: 79). Por «autoridad judicial» Kantorowicz entiende «una determinada autoridad dedicada a afrontar un cierto tipo de ‘casuística’, o en otras palabras, la aplicación de ciertos principios a casos individuales en donde las partes se encuentran en conflicto» (1958: 69). Como se puede observar, Kantorowicz

¹ Para una versión completa de este marco teórico, cf. Santos, 1995, cap. 3, sec. I, publicado en castellano en Santos, 2003b.

emplea el concepto de órgano judicial en un sentido bastante amplio o, tal y como él lo señala, en un «sentido modesto y antitécnico» (1958: 80) de enorme extensión, pues incluye dentro del mismo a jueces, jurados, caciques, caudillos, dioses humanos, magos, sacerdotes, sabios, sentenciadores, consejos de ancianos de tribu, tribunales con vínculos de consanguinidad, juntas militares, parlamentos, instituciones internacionales, areopagitas, árbitros deportivos, jueces árbitros, cortes eclesiásticas, tribunales eclesiásticos, censores, tribunales de honor, *Bierrichter* y, eventualmente, líderes pandilleros. Es justamente esta amplitud y flexibilidad las que hacen este concepto útil para nuestros fines. La justiciabilidad significa que los patrones normativos a los que me referiré son aplicados por un tercero imparcial, utilizando un concepto de amplia difusión en los trabajos de antropología del derecho², en un contexto de conflicto y de conformidad con ciertos procedimientos uniformes. Escribe Gulliver:

Un conflicto surge de un desacuerdo entre partes (sujetos o subgrupos), en donde se alega que los derechos de una de las partes han sido violados, entorpecidos o denegados por la otra parte. La parte acusada puede negar que existiera dicha violación, o justificarla por la presencia de otro derecho alternativo o predominante, o simplemente aceptar la acusación; pero en cualquier caso, no satisface la reclamación que se le hace. La parte que exige la satisfacción de su derecho puede, por cualquier razón, conformarse con lo que la parte acusada está dispuesta a hacer (o no hacer), en cuyo caso no surge conflicto alguno. Pero si rehúsa a conformarse, puede intentar rectificar dicha situación acudiendo a algún tipo de procedimiento uniforme previsto en el ámbito público (1969: 14).

Dentro del contexto del conflicto, el derecho puede utilizarse de tres formas básicas: para la creación del conflicto, para la prevención del conflicto y para la resolución del conflicto. Todos estos fenómenos se encuentran estructuralmente relacionados, por lo que la comprensión completa de uno de ellos requiere el análisis de los otros. Por ejemplo, si escogemos el binomio creación del conflicto-resolución del conflicto y tomamos el caso concreto como la unidad de análisis, ello necesariamente nos conducirá a concebir la creación del conflicto como una etapa lógica y cronológicamente precedente a la resolución del mismo, lo que seguirá siendo cierto aún si extendemos el análisis a la historia previa o a las consecuencias ampliadas del caso. Pero si, en lugar de estudiar casos de conflictos aislados, examinamos el flujo constante en el comportamiento conflictivo de una sociedad determinada, la relación lógica y cronológica recién enunciada se resquebraja. Las premisas básicas a partir de las cuales se desatan, se estructuran o se previenen los conflictos se encuentran intrínsecamente relacionadas con su

2 Abel, 1974: 247, usa el término «interviniente», porque, aunque sea un «feo neologismo», está «libre de cualquier connotación que pueda llevar aparejada alternativas como juez, mediador o componedor amigable de conflictos».

I Para una nueva teoría crítica del derecho

120

resolución de dos formas contrapuestas: 1) mediante la predicción o la aceptación de las normas, los procedimientos y las estructuras establecidas para resolver los conflictos; 2) mediante el rechazo consciente de este tipo de normas, procedimientos y estructuras, para proponer otras en su lugar. La creación, la prevención y la resolución de los conflictos son como piedras que se deslizan raudamente por la corriente de un arroyo que baja de las montañas a inicios del verano: la corriente las mantiene juntas, pero cambian su posición relativa a cada instante³. Por lo tanto, el hecho de que la resolución de conflictos en una sociedad se encuentre dominada por la adjudicación («gana o pierde»)⁴ y en otra por la mediación («da un poco, recibe un poco») no podrá explicarse completamente hasta que se analicen los diferentes procesos y estructuras de creación y prevención de conflictos en dichas sociedades⁵.

3 Realizan observaciones similares Epstein, 1967: 205; van Velsen, 1967: 129; y Gluckman, 1955: XI, en sus discusiones sobre el método del caso ampliado o del análisis situacional, como van Velsen prefiere llamarlo. Pero mientras que estos autores quieren destacar la existencia de normas en conflicto que, al imponer opciones normativas a las partes, se convierten en una fuente de conflicto cuando el significado social sólo puede capturarse por un análisis diacrónico cerrado, estoy fundamentalmente preocupado con el hecho de que una norma determinada, o un conjunto de normas que no están en conflicto entre sí, puede también, a lo largo del tiempo, convertirse en una fuente de conflicto dentro de relaciones sociales específicas, determinando tanto la creación de conflictos como su resolución amistosa. Nuestro punto de acuerdo sería una preocupación común con los procesos sociales, con la dimensión dinámica de la estructura social o, como Gluckman dice, «con un proceso en curso de relaciones sociales entre personas específicas y grupos dentro un sistema social y una cultura».

Por otro lado, mi interés en el papel del derecho a la hora de crear conflictos parece enfrentarse con la visión, común entre los sociólogos del conflicto social, de que son los conflictos los que crean y modifican el derecho. Coser, refiriéndose a Simmel, 1955, y a Weber, 1954, concluye: «Necesitamos apenas documentar en detalle el hecho de que la aprobación del legislador de nuevas leyes generales suele ocurrir en áreas en las cuáles el conflicto ha indicado la necesidad de la creación de nuevas normas... Se puede decir que los conflictos son productivos de dos formas relacionadas: 1) tienden a la modificación y la creación de normas; 2) la aplicación de las nuevas normas conduce al crecimiento de nuevas estructuras institucionales que se concentran en el cumplimiento de esas nuevas normas y leyes» (1956: 126). De hecho, las dos perspectivas se complementan: el derecho es tanto un producto como un productor de conflicto social.

4 Aunque la palabra «adjudicación» tiene un sentido distinto en el lenguaje ordinario, se ha acuñado un significado extraño a ella entre los teóricos del derecho, por semejanza con la palabra inglesa de raíz latina adjudication, con el propósito de indicar el proceso de decisión mediante el cual una de las partes enfrentadas en el conflicto gana y la otra parte. Es decir, es el modelo típico de justicia «adversarial» (otro anglicismo) y, en ese sentido, lo contrario de la mediación como resolución amistosa del conflicto, en el que las partes buscan una solución de compromiso de mutuo acuerdo con la ayuda de un tercero [N. del T.].

5 Richard Abel ha argumentado convincentemente que, en cualquier sociedad dada, podemos encontrar diferentes estilos o tipos de resolución de conflictos, o «resultados finales», como prefiere llamarlos (1974: 228). Criticando a Nader,

La prevención de los conflictos ocupa una singular posición estructural, que se encuentra a medio camino entre la ausencia del conflicto y su creación. Esto puede parecer equívoco, no sólo porque la prevención de los conflictos parece implicar, por definición, su ausencia, sino también porque cuando comenzamos a alejarnos de esa situación, ya estamos dentro del campo de la creación de conflictos. No obstante, resulta tan absurdo tratar de prevenir un conflicto una vez que ha ocurrido como tratar de prevenirlo antes de que existan las condiciones para su aparición. Se puede llegar a impedir la existencia de un conflicto cuando las condiciones para su aparición se encuentran presentes de manera incipiente, latente o potencial. Pero desde otro punto de vista, un conflicto puede eludirse cuando, a través de algún tipo de cortocircuito, se logra resolver antes de que realmente llegue a producirse. Concebida de esta forma, la prevención de los conflictos es similar a lo que hacen las personas cuando deciden iniciar una relación contractual, trabajando juntos por conseguir que el acuerdo mutuo se haga explícito siguiendo determinados procedimientos establecidos.

Pueden llegar a identificarse uno o varios terceros imparciales como los agentes aptos para prevenir los conflictos, y todos ellos, o sólo uno, podrían también llegar a ser los terceros imparciales idóneos para intervenir como mediadores en la resolución del conflicto, si es que no se consigue prevenir éste satisfactoriamente. La relevancia de este hecho resultará evidente cuando entremos a analizar en la parte empírica de esta investigación los mecanismos de retroalimentación entre las funciones de prevención y resolución de disputas por parte de terceros imparciales. Las normas que regulan el comportamiento cooperativo entre las partes en una relación dada, como pueda ser el contexto de la prevención del conflicto, se relacionan en formas relevantes, aunque no sean siempre evidentes, con las normas que regulan su resolución cuando efectivamente surge un conflicto entre esas partes.

La hipótesis general de trabajo de esta investigación consiste en que el discurso argumentativo (retórica) es el principal componente estructural del derecho de Pasárgada, y que, por lo tanto, domina la lógica de los procedimientos y los mecanismos de prevención y resolución de conflictos disponibles en Pasárgada. Para desarrollar esta hipótesis, seguiré la teoría de la argumentación desarrollada por Chaïm Perelman. En otro lugar me he ocupado de la retórica como forma de conocimiento y como vía para la resolución de conflictos jurídicos⁶. Éste no es el lugar para detenerme en estos temas, que van más allá de la argumentación

afirma que las decisiones del tipo «si haces esto, entonces te ocurre esto» o del tipo «o haces esto o esto otro» son extremadamente raras en cualquier sistema jurídico. Abel también ha ayudado a aclarar las posibles correlaciones entre la estructura del conflicto y el proceso de resolución del conflicto, tanto en los niveles microsociales como macrosociales; para ello, utiliza un conjunto bien estructurado de variables. Lo que quiero decir en el texto es simplemente que para poder explicar la renovación del derecho en el contexto de los conflictos, se deben analizar tanto la estructura del conflicto como el proceso de resolución del conflicto en términos de la creación y de la prevención de los conflictos, así como de su resolución amistosa.

6 Cf. Santos, 1995, caps. 1 y 3, publicado en castellano en Santos, 2003b.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

122

jurídica y afectan cuestiones epistemológicas fundamentales. Con el propósito de explicar el funcionamiento de la argumentación en un orden jurídico no estatal, como el del derecho de Pasárgada, me limitaré a esbozar la idea de argumentación y sus conceptos clave.

Perelman comienza partiendo de Aristóteles, que se ocupa del discurso argumentativo de manera sistemática en la *Tópica* y, en referencia a sus contextos de aplicación, en la *Retórica*. La retórica es una forma de conocimiento que va de premisas probables a conclusiones probables, mediante el uso de varios tipos de argumentos, algunos de los cuales puede presentarse en forma silogística, aunque no son silogismos (son entimemas, «argumentos cuasi lógicos presentados de forma silogística») (Perelman, 1969: 230). Los argumentos pueden ser enormemente variados, pero si se desean utilizar en un proceso argumentativo concreto deben cumplirse dos condiciones: deben ser premisas generalmente aceptadas y funcionar como puntos de partida de la argumentación, y debe existir una audiencia relevante que pueda ser persuadida o convencida⁷. Entre las premisas, hay dos que son de la mayor importancia: los hechos y las verdades, por un lado, y los *topoi*, por otro.

Desde un punto de vista retórico, los hechos y las verdades son objetos que cuentan con un acuerdo lo suficientemente fuerte como para no necesitar de un refuerzo mayor mediante la argumentación. Ninguna afirmación goza de este estatus indefinidamente, y cuando el grado de intensidad en el acuerdo decae, los hechos y las verdades dejan de serlo y se convierten en sí mismos en argumentos. Por otro lado, los *topoi* o *loci* son «lugares comunes», puntos de vista ampliamente aceptados con un contenido muy abierto, flexible o inacabado, fácilmente adaptables a los diferentes contextos de la argumentación. Como escribe Walter Ong, «en todos sus sentidos, el término [*topos*] tiene que ver, de una forma u otra, con la explotación de lo que ya se conoce, y a menudo con lo de que de hecho es extraordinariamente bien conocido»⁸. Para Perelman, los *topoi* «constituyen un arsenal indispensable al que tendrá que recurrir una persona, lo quiera o no, que intente persuadir a otra» (1969: 84).

Aristóteles realiza una distinción entre *topoi* que pertenecen a una esfera específica de conocimiento, como el *topos* de los justo y lo injusto, que puede usarse en la política, la ética y el derecho, pero no en la física, y *topoi* que pueden usarse indiscriminadamente en cualquier rama del conocimiento, como los *topoi* de cantidad, que pueden usarse en la política, la física y otros lugares. Aunque esa distinción se abandonó en los tratados posteriores sobre retórica⁹, Perelman la recupera y la desarrolla junto con otra de las condiciones necesarias de la argumentación: la audiencia relevante.

Para que ocurra la argumentación, «se debe conseguir una comunidad efectiva de pensamiento en un determinado momento», debe existir «un contacto entre mentes», en otras palabras, debe haber una audiencia, que Perelman define

7 Sobre la distinción entre persuasión y convicción, cf. Perelman, 1969: 26.

8 Ong, 1977: 49.

9 Cf. Ong, 1977: 149.

como «la reunión de aquellos a los cuáles el orador desea influenciar con su argumentación» (1969: 19). En términos retóricos, la comunidad en un determinado momento es la audiencia relevante para aquellos que están argumentando, es decir, la reunión de aquellos que se quieren influenciar mediante la persuasión o la convicción. Con el propósito de influenciar a la audiencia, los «oradores» deben adaptarse a ella y, si desean que su adaptación sea exitosa, deben conocer a la audiencia¹⁰.

Los epígrafes que siguen a continuación son las cuestiones acerca del análisis retórico que serán más pertinentes para el análisis empírico que se realiza en este capítulo.

1. Cuestiones explícitas e implícitas: el objeto del conflicto como resultado de un proceso de negociación

Determinar el objeto de un conflicto es circunscribirlo y limitarlo. Eso es justamente lo que hace un procedimiento jurídico al definir qué es lo que debe decidirse. Esta elección se encuentra determinada por las necesidades y los propósitos que se persigan con el procedimiento jurídico. Existe una relación dialéctica entre la totalidad y las partes seleccionadas, al igual que entre las cuestiones relevantes y las irrelevantes. El mejor ejemplo de ello es el funcionamiento de los *topoi* y, especialmente, en su interacción con las normas jurídicas. La determinación de los problemas es producto de la exclusión gradual de las alternativas y no lo contrario. Además, este movimiento de lo general a lo específico no es irreversible, y durante el proceso al que da lugar el conflicto son frecuentes los cambios de dirección, que pueden expandir la consulta hacia nuevas áreas. La clave para una comprensión profunda del proceso legal reside en la explicación de esta dialéctica. La manera más provechosa de realizar esa explicación es analizando las interacciones estructurales entre los participantes en el proceso al que da lugar el conflicto, y entre ellos y la audiencia relevante.

En un momento dado, la selección de las cuestiones litigiosas es producto de las necesidades y finalidades del mecanismo de solución de conflictos, así como de la manera en la cual los participantes y las audiencias reaccionan o se acomodan a dichas necesidades. El objeto de un conflicto es el resultado de un complejo proceso de negociación entre las partes, el tercero imparcial y la audiencia relevante. Esta perspectiva puede ser de utilidad para aclarar aspectos confusos en análisis previos sobre manejo de conflictos. En el análisis del derecho de Pasárgada se destacan dos temas: la generalidad o concreción del conflicto, y

¹⁰ Deben distinguirse los *topoi* de las protopolíticas judiciales; estas últimas no son una parte integral del discurso argumentativo, aunque lo condicionen. Las protopolíticas judiciales son principios organizativos, principios de acción o reglas de bolsillo, sobre la base de las cuales se toman decisiones estratégicas acerca de cómo proceder. Estas políticas derivan de los intereses, las necesidades, las limitaciones y el potencial de los mecanismos de resolución de conflictos en sí mismos, tal y como se perciben por los grupos que lo controlan o por el conciliador del conflicto.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

124

la discrepancia o coincidencia que se da entre el objeto del conflicto tal y como es presentado por las partes y el conflicto *real* existente entre ellas.

1.1. La generalidad o especificidad del conflicto

El criterio para determinar la generalidad o la especificidad de un conflicto es muy difícil de determinar. El objeto de un conflicto concreto se compone tanto de cuestiones explícitas como implícitas. Lo que no se discute, o ni siquiera se menciona, porque es evidente para los participantes, es esencial para la comprensión de la dinámica interna del proceso de resolución de conflictos.

El discurso implícito es el fluido del que emerge el discurso explícito y gracias al cual adquiere sentido. Estos dos discursos interactúan de dos formas. En las primeras etapas del proceso, cuando los *topoi* y las valoraciones funcionan conjuntamente para conseguir una aproximación gradual a los hechos y a las normas, el discurso implícito excluye progresivamente las soluciones inaceptables. Según avanza la disputa, y los hechos y las normas se van aclarando, se reorienta el discurso implícito con el objeto de que las soluciones seleccionadas parezcan autoevidentes.

Entre lo explícito y lo implícito existe toda una gama de procesos comunicativos intermedios, ya que las declaraciones que expresan explícitamente una cosa pueden simbolizar implícitamente otra. Así, el tercero imparcial puede abstenerse de expresar su repulsa a que se trate una cierta cuestión, pero dar señales que muestren cuales son sus sentimientos. Una parte que no sea capaz de reconocer esas señales podría verse perjudicada. Asimismo, cualquier participante puede evocar significados simbólicos que resulten favorables para su pretensión. Pero cuando el papel del tercero imparcial se vuelve altamente profesionalizado, puede resultarle más difícil a las partes en conflicto percibir e interpretar los significados simbólicos del tercero imparcial. Esa es probablemente una de las razones por las cuales la profesionalización del mediador en el conflicto tiende a producir una representación profesional de las partes.

En el manejo de conflictos son especialmente importantes dos procesos comunicativos intermedios que estudia la retórica: los *signos* y los *índices*. Ambos pueden revestir un doble significado: el significado denotativo y el significado connotativo. Pero mientras que los signos se emplean intencionalmente para connotar un cierto significado, los índices connotan un significado con independencia de la intención. Asimismo, los signos mantienen una textura cerrada en dos sentidos: por una parte, los significados que connotan son específicos y, por otra, esos significados puede que sean comprensibles sólo para determinados intérpretes. Los índices, al contrario, tienen una textura abierta. Nos encontramos frente a un signo cuando, por ejemplo, el mediador en el conflicto, al carecer del poder formal para citar a alguien «al juzgado», le envía una invitación a través de un policía destinado en la comunidad con el objeto de evocar el significado de que si no se acepta la «invitación», ello puede traer consecuencias indeseables. También nos encontramos frente a un signo cuando en el proceso judicial los representantes de las partes realizan un gesto o pro-

fieren una palabra que, por acuerdo previo, significa que sus representados les permiten seguir una estrategia determinada para conseguir llegar a un acuerdo de solución de la disputa. Estamos frente a un índice cuando un gesto o una palabra son interpretados por cualquiera de los participantes como connotando un cierto significado, sin que haya existido un acuerdo previo, y la parte que profirió el vocablo o hizo el gesto no quería comunicar dicho significado. Planteo que cuando se agranda la distancia social, cultural y profesional entre las partes y el tercero imparcial, disminuye el uso de índices mientras que tiende a crecer el uso de signos.

1.2. El conflicto procesal y el conflicto real

El grado de coincidencia o discrepancia entre el conflicto tal y como se presenta dentro del proceso y el conflicto real entre las partes se encuentra obviamente relacionado con la ya mencionada variable de la generalidad, pero aún así debe analizarse separadamente. Cuando quiera que exista una discrepancia entre el conflicto procesal y el conflicto real, el razonamiento tópico-retórico no puede llegar a entenderse totalmente si no se comprenden las razones o los propósitos que explican dicha discrepancia. Entre personas ligadas por relaciones multiplexas, o por relaciones uniplexas duraderas, es muy probable que surjan numerosos conflictos. Muchos de estos conflictos nunca llegarán a conocerse por un tercero imparcial, ya sea porque las partes sienten que pueden zanjar el conflicto por sí mismas, ya sea porque el tercero imparcial no ofrece ninguna solución, o ya sea porque dicha solución es demasiado onerosa o disfuncional en cualquier otro sentido. Si una o ambas partes deciden presentar el conflicto ante un tercero imparcial, puede que resulte imposible explicar por qué decidieron hacerlo simplemente a partir del conflicto que puede observarse durante el proceso. Esa explicación debe buscarse en la historia completa de los conflictos entre las partes. Una o ambas partes podrían desear que el tercero imparcial considerara todos los conflictos anteriores, o que su intervención se restringiera a las cuestiones inmediatas. Salvo que todos los participantes estén de acuerdo, la estrategia procesal dependerá de su poder relativo de negociación.

Resulta necesario determinar los factores sociales que explican la aparición de una discrepancia entre el conflicto real y el conflicto procesal, así como la persistencia o la eliminación de dicha discrepancia durante el proceso. Sugiero que cuanto más formalizado y burocratizado se encuentre el proceso de conflicto, mayor será la probabilidad de que la discrepancia entre el conflicto real y el procesal se mantenga. Cuando es así, existe una probabilidad baja de que el resultado final del proceso de solución de conflictos acabe siendo la solución final del conflicto real.

2. Los topoi, los formalismos y los procedimientos:

los formalismos como argumentos

Los formalismos consisten en gestos realizados, palabras proferidas, fórmulas escritas, ceremonias celebradas, que deben realizarse mediante formas

I Para una nueva teoría crítica del derecho

126

específicas y en momentos específicos para que se consiga aquello que se busca con ellos dentro del proceso de solución del conflicto. Los procedimientos son conjuntos de formalismos. Los formalismos y los procedimientos determinan automáticamente las decisiones en el desarrollo del proceso de conflicto. En los sistemas jurídicos de las sociedades capitalistas modernas, los formalismos y los procedimientos no deben supuestamente plantear cuestiones sustantivas. Estas últimas deben responderse viendo qué es lo que esta bien y lo que está mal (los méritos) de la situación concreta, mientras que las cuestiones sobre los formalismos se circunscriben a la presentación de las circunstancias y a su conformidad o inconformidad con un modelo preformulado.

Estas categorías han sido empleadas para diferenciar los contextos formales de manejo de conflictos de los informales, así como para medir el nivel de formalismo. Ya que los *topoi* involucran puntos de vista que están relacionados con cuestiones sustantivas, puede ofrecerse la hipótesis de que a medida que crece el formalismo, decrece la argumentación jurídica retórica. En un sistema jurídico altamente formalizado, gran parte del proceso de solución del conflicto quedará vedada a dicho tipo de argumentación jurídica, y, por lo tanto, la retórica aparecerá restrictivamente. Por el contrario, esperaríamos encontrar en Pasárgada un uso extenso de la argumentación tópico-retórica.

Así como los *topoi* interactúan con las normas sustantivas, también interactúan con los formalismos y los procedimientos para generar una aproximación gradual a los hechos y las normas. Los formalismos y los procedimientos pueden emplearse como argumentos para lograr la exclusión de ciertas soluciones inaceptables. Ésta es la razón por la cual en los sistemas jurídicos informales no se deciden los casos con base en tecnicismos, sino que se construyen los formalismos y los procedimientos de tal manera que sirvan como argumentos para acceder a una discusión sobre los méritos del caso. En relación con ello mencionaré otros dos temas: la relación entre el formalismo y la ética en el derecho estatal de las sociedades capitalistas, y el surgimiento de sistemas formalistas de raigambre popular o comunitaria.

El sistema jurídico oficial propio del capitalismo moderno tiende a ser estricto en el respeto al formalismo, pero laxo en materia ética. Los formalismos y los procedimientos que rigen cada fase de la creación, el desarrollo y la extinción de las relaciones jurídicas son descritos en gran detalle, mientras muy poco se dice acerca del contenido ético presente en dichas relaciones. Así, mientras que cualquier tipo de violación de los formalismos y de los procedimientos desata la intervención inmediata del sistema jurídico, el carácter injusto o antiético de una relación debe revestir proporciones considerables para provocar la intervención del derecho y, cuando así ocurre, tal intervención se hace reticentemente. Por el contrario, en sociedades que hayan sido parcialmente permeadas por la lógica del sistema jurídico oficial, pueden llegar a aparecer sistemas jurídicos formalistas de raigambre popular o comunitaria que sean estrictos en materia ética y laxos con respecto al formalismo. El grado de formalismo jurídico requerido por las personas variará de acuerdo con el tipo de relación en la que se encuentren

involucrados. En consecuencia, los diferentes grupos y clases pertenecientes a una sociedad determinada pueden llegar a desarrollar diferentes tipos de sistemas jurídicos formalistas de raigambre comunitaria o popular, cuya lógica estarán dispuestos a imponer sobre aquella propia del sistema jurídico formalista de índole oficial. En el caso de Pasárgada, esperaríamos encontrar un sistema comunitario que fuera relativamente laxo frente al formalismo, pero estricto en materia ética.

Los formalismos empleados en los sistemas comunitarios son frecuentemente tomados del sistema jurídico oficial y posteriormente modificados para que así satisfagan las necesidades particulares del grupo. Así, tanto el sistema oficial como el comunitario pueden compartir determinados postulados culturales, pero a pesar de ello diferir en el modo como cada uno lo especifica, al igual que en la función para la cual se diseñan esos procedimientos y formalismos. Esto puede ilustrarse mediante los significados que la cultura occidental le confiere a *la escritura* como ceremonia y al *producto escrito* como la expresión de un compromiso. Cuando una persona se expresa oralmente, sus palabras jamás pueden divorciarse completamente de la persona misma. Esto sucede incluso en las ocasiones en que las palabras son escuchadas por testigos, quienes luego las confrontarán con el emisor del mensaje respectivo, debido al carácter plástico y transitorio del medio de comunicación. Pero las palabras escritas, de otra parte, crean una distancia entre el autor del mensaje y la manera en que ese mensaje se expresa, entre una afirmación de la voluntad personal y un fetiche impersonal que adquiere vida propia. Esta distancia, que recuerda mucho al mito del aprendiz de brujo, cuenta con dos dimensiones relacionadas dialécticamente. Por una parte, está la autonomía del compromiso escrito y la posibilidad de emplearlo contra la propia persona que realiza ese compromiso. Por la otra, existe un sentimiento de alienación experimentado por la persona ante su propia creación, un sentimiento de desposesión y, por lo tanto, de impotencia para afrontar y controlar el compromiso como propio.

Por ello, parece que la escritura y lo escrito son *topoi* retóricos dentro de nuestra cultura sociojurídica. Los *topoi* antitéticos también se presentan con frecuencia. Sabemos que en nuestra cultura el *topos* del carácter obligatorio de la promesa escrita se encuentra en oposición al *topos* expresado por el viejo proverbio: «Mi palabra vale tanto como mi firma». Resulta difícil elucidar las relaciones jerárquicas que se dan entre ambos, ya que carecemos de la información sociológica necesaria. Mi conjetura al respecto es que el *topos* de la palabra escrita posee un carácter predominantemente jurídico, mientras el *topos* de la palabra oralmente proferida tiene un carácter predominantemente moral.

3. El lenguaje y el silencio en el tratamiento del conflicto

El análisis retórico del razonamiento jurídico hace que el lenguaje se convierta en la realidad central del manejo de conflictos. No obstante, los argumentos que no son lingüísticos también son importantes: los gestos, la actitud, el mobiliario, la Biblia, las banderas, los crucifijos, los retratos de líderes políticos, los archivos, los papeles escritos, el mazo del juez, las máquinas de escribir, la ropa, la división y asignación del espacio de la sala del juzgado, los rituales de iniciación

I Para una nueva teoría crítica del derecho

128

y terminación de los procedimientos, los niveles del suelo y de visibilidad, y otros factores similares. En general, estos argumentos que se expresan mediante artefactos proporcionan el marco para la utilización del lenguaje verbal, que sigue siendo así un elemento clave del círculo tópico-retórico. Se deben mencionar al respecto dos cuestiones: el lenguaje común y las relaciones que se dan entre el lenguaje y el silencio.

3.1. El lenguaje común, el lenguaje técnico y el lenguaje técnico popular

A primera vista el lenguaje común no parece ser un problema: o bien los participantes en el proceso hablan el mismo lenguaje o se tiene que usar un intérprete. Pero es una presunción que hay que cuestionarse. En verdad, la enunciación, la comunicación y la comprensión dependen del lenguaje común, y sin ellas el razonamiento jurídico se convertiría en algo absurdo. Pero un análisis más detallado revela una multitud de situaciones intermedias que se presentan entre «el mismo lenguaje» y los lenguajes que son percibidos de un modo tan diferente por los grupos dominantes en el contexto de tratamiento del conflicto, que se requiere la intervención de los respectivos intérpretes. Con excepción del contexto de la magia y del ritual, las palabras no se intercambian como palabras, sino como significados. Así, personas con diferentes antecedentes culturales bien pueden llegar a hablar diferentes lenguajes utilizando las mismas palabras. Inclusive, cada lenguaje posee tanto un vocabulario potencial como uno real. Los diferentes grupos sociales y culturales se labran diferentes vocabularios reales a partir del mismo vocabulario potencial.

Cuando el proceso de conflicto se encuentra sólo parcialmente profesionalizado, la distinción entre el lenguaje técnico y el lenguaje corriente también se desdibuja. En Pasárgada, donde incluso existe un menor grado de profesionalización, esperarí que la argumentación jurídica se encontrara basada en el lenguaje corriente. Pero debo refinar esta hipótesis mediante una especificación más detallada de las relaciones que se presentan entre los lenguajes corriente y técnico. En el análisis precedente se ha asumido que el lenguaje técnico deriva sus significados básicos del sentido común expresado a través del lenguaje corriente. Pero la situación inversa también puede ser cierta: que los lenguajes técnicos desarrollen fórmulas verbales y significados técnicos que se popularizan después y se convierten en integrantes del sentido común. Así, lo que ocurre con el formalismo también puede ocurrir con el lenguaje técnico: de forma paralela al lenguaje técnico oficial, se puede estar desarrollando un lenguaje técnico popular. Puede concebirse, por lo tanto, que el lenguaje cotidiano contenga un lenguaje técnico popular.

3.2. El lenguaje y el silencio

La relación entre el lenguaje y el silencio tiene que ver con el ritmo interno de la comunicación y la alternancia que se da entre las estrategias comunicativas de tratamiento del conflicto. Aunque algunos pueden considerar trivial este asunto, yo lo asumo como algo crucial. Puede afirmarse que el silencio es meramente

el vacío caótico entre dos palabras proferidas y que, por lo tanto, no puede analizarse por sí mismo, sino sólo en relación con las palabras que con su ausencia lo originan. Por el contrario, sostengo que el silencio es una realidad comunicativa tan significativa como lo es el lenguaje mismo, y que sin el reconocimiento de una relación dialéctica entre el silencio y el lenguaje resulta imposible acceder a una comprensión de la dinámica interna que caracteriza al tratamiento del conflicto desde un punto de vista retórico.

El silencio no se distribuye por igual entre las culturas, las naciones o incluso entre los grupos y las clases de una misma sociedad. El silencio es un bien escaso y las clases dominantes en toda sociedad tienden a distribuirlo según su conveniencia y sus postulados culturales. Cuando el lenguaje es importante, las clases dominantes intentan apropiárselo, imponiendo así el silencio a la gente. Así, en una sociedad totalitaria, las clases dominantes distribuyen silencio a la gente, mientras que se reservan el lenguaje para sí. Por el contrario, cuando el silencio resulta importante, las clases dominantes tienden a apropiárselo, relegando el lenguaje a la gente. En una sociedad formalmente democrática, la gente puede disponer libremente del lenguaje, mientras que unos pocos actores silenciosos realizan todas las decisiones cruciales para los asuntos de la nación. Sin embargo, una sociedad no puede evaluarse únicamente en términos de la cantidad y la distribución del silencio, ya que existen diferentes tipos de silencios, y estas diferencias pueden ser incluso más importantes.

El silencio no consiste en un infinito amorfo, sino en una realidad que se encuentra delimitada por el lenguaje, en la misma medida que el lenguaje se encuentra delimitado por el silencio. El silencio no es una ausencia indiscriminada de lenguaje, sino la autonegación de ciertas palabras en momentos específicos del discurso para que con ello el proceso de comunicación pueda llevarse a cabo. Por lo tanto, el silencio es una expresión positiva de significado¹¹.

Me parece que el análisis de la relación entre el lenguaje y el silencio puede contribuir de manera significativa a nuestra comprensión de características del manejo de conflictos que hasta ahora han sido pasadas por alto. Una medida del control que tiene el mediador sobre el manejo del conflicto es el número de preguntas que formula y la cantidad de veces en que interrumpe a las partes y a los testigos. Pero dicho control puede manifestarse también mediante la ausencia de dichas preguntas e interrupciones, es decir, a través del silencio. Por tomar un ejemplo extraído del hinduismo, resulta provechoso constatar el contraste en-

11 Arjuna, el guerrero, en el Bhagavad Gita, se encuentra en posesión de tal conocimiento cuando le pregunta a Krishna: «¿Cómo es el hombre de sabiduría tranquila, que mora en la contemplación divina? ¿Cuáles son sus palabras? ¿Cuál es su silencio? ¿Cuáles son sus obras?» (2, 54; subrayado mío). Arjuna reconoce que las palabras por sí mismas no le dirán cuál es el significado pleno de una actitud o comportamiento. Es por ello que se pregunta acerca del silencio y acerca de sus obras. Las palabras, el silencio y las obras así concebidas son una triada necesaria de comunicación y conocimiento. Arjuna muestra también que no está interesado en conocer cualquier tipo de silencio, sino el silencio del hombre sabio, es decir, una realidad positiva y delimitada.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

130

tre los dos oficiantes de los rituales vedas antiguos, los cuales, después de todo, constituían procesos de resolución de conflictos entre el pueblo y sus dioses. El *hotr*, a pesar de recitar extensamente y en voz alta, mantenía poco control sobre el ritual, mientras el *brahman*, que permanecía en silencio, lo controlaba de manera absoluta¹².

La estructura del lenguaje y del silencio en el tratamiento de los conflictos es bastante compleja ya que, dependiendo del escenario, los múltiples participantes (el juez, las partes, los testigos, la audiencia) pueden expresar diversos tipos y cantidades de silencio, cada uno de ellos evocando un significado divergente. Por lo tanto, se pueden realizar diferentes clasificaciones del silencio. La primera distingue entre el silencio procedimental (por ejemplo, cuando me mantengo en silencio con el objeto de que la otra persona hable) y el silencio sustancial (por ejemplo, cuando me mantengo en silencio con el objeto de expresar mi asentimiento). El tercero imparcial puede ejercitar un mayor o menor control sobre la distribución del silencio procedimental entre las partes y la audiencia. En los procesos formales de las sociedades complejas, el tercero imparcial ejerce un control casi total. En cualquier caso, tiende a tener un control escaso o nulo sobre los silencios sustantivos de los otros participantes.

Dentro de la categoría del silencio sustantivo pueden efectuarse más clasificaciones: la aceptación, el rechazo, el asentimiento, la reprobación, la intimidación, el desacuerdo total, la aceptación indiferente, la aprobación exultante, la rebeldía, la impotencia o resignación, el respeto o la falta de respeto, la tensión a punto de estallar, la necesidad de calma y mayor deliberación. Desde la perspectiva de los otros participantes y de la audiencia relevante, es importante diferenciar entre el silencio impropio y el silencio normal. El comportamiento impropio en un tribunal puede explicarse en parte por la tensión entre las definiciones contradictorias de silencio normal y silencio impropio. Las posiciones relativas de los participantes en la negociación determinarán cuál de estas definiciones prevalecerá. Asimismo, las sanciones al silencio impropio pueden ser formales o informales, y pueden aplicarse durante el proceso mismo en el que ocurrió el comportamiento impropio o en otro separado.

Desde el punto de vista de su peso en el proceso comunicativo, también se puede trazar la distinción entre el silencio pesado y el silencio liviano. El silencio pesado tiene lugar en momentos particularmente tensos durante el proceso de conflicto, como cuando se toman las decisiones importantes o cuando se alcanzan ciertos momentos trascendentes dramáticos. Cuanto más formalizado se encuentre

¹² Louis Renou los compara de la manera siguiente. El *hotr*, que era originalmente el dispensador de las libaciones (como sugiere la etimología de la palabra), se convierte después en un recitador principalmente; pero sus invocaciones, aunque impresionantes, tienen sólo un pequeño papel en la liturgia, similar al de la música de los cantores. El *brahman* es el depositario del poder inexpressado de la fórmula, un espectador que es responsable de vigilar que el ritual se desenvuelva con precisión; es un profesional experto, como el sacerdote católico. Su silencio es tan valioso como el discurso y los cantos de sus colegas (Renou, 1968: 32).

el proceso de conflicto, mayor será la tendencia a que le sea asignado *a priori* un significado específico al silencio de una de las partes en un momento determinado. Si la parte permanece en silencio en un momento dado o luego de que se le haya formulado una pregunta, su silencio tendrá significado jurídico (el asentimiento o la aceptación, por ejemplo). Si, después del fallo, la parte perdedora permanece en silencio por un tiempo determinado, ello significará que acepta legalmente la decisión y se cerrará la posibilidad de apelar la decisión. Es en este sentido en el que hablo de formalización del silencio en el tratamiento formal de los conflictos. Me parece, no obstante, que la estructura lenguaje-silencio de la audiencia sigue siendo informal (en este sentido), aun dentro del tratamiento formal de los conflictos. Es cierto que el juez puede distribuir el silencio procedimental e incluso sancionar el desacato (haciendo desalojar el tribunal). Pero no puede obligar a la audiencia a guardar un silencio sustantivo. En este sentido el juez, de suyo, se convierte en objeto de juicio por parte de la audiencia misma.

El significado de un caso específico de silencio debe inferirse de las conexiones lógicas que se dan en el discurso, de la posición estructural del participante que guarda silencio y del lenguaje empleado por el participante antes y después de ese silencio. Así las cosas, la estructura de lenguaje-silencio del tercero imparcial puede dividirse en dos fases. En la primera, el tercero imparcial ha empezado el proceso de exclusión de las decisiones no plausibles, pero el rango de opciones todavía viables sigue siendo muy amplio. En efecto, o bien el tercero imparcial puede no haber tomado una decisión, o tal vez sus preferencias son todavía inestables y poco articuladas. En la segunda fase, o bien el rango de decisiones plausibles se ha estrechado de tal forma que el tercero imparcial puede concentrarse en sopesar los méritos relativos de unas pocas alternativas, o bien ya ha optado por una opción en particular y ha comenzado a dilucidar las razones para ella.

En la primera fase, el tercero imparcial utiliza el silencio para obtener toda la información que de acuerdo con su comprensión inicial del caso resulte necesaria para lograr una decisión. Así, el tercero imparcial no manifiesta preferencia alguna por partes específicas de conocimiento o de ignorancia. En esta etapa las partes retienen el derecho a conocer o a ignorar, a decidir la proporción entre conocimiento e ignorancia en la que desean basar sus pretensiones. Pero debido a que el silencio del tercero imparcial raramente se ve indicado mediante el lenguaje, se vuelve muy difícil para las partes controlar el significado de dicho silencio. A ello se suma que lo poco que el tercero imparcial dice es también ambiguo. Las preguntas formuladas tienden a ser abiertas y polisémicas, y, más que preguntas, constituyen invitaciones para hablar libremente. El tercero imparcial es consciente del hecho de que cuanto menos pregunte, más sabe. En consecuencia, se induce a las partes a presentar información que de otra forma suprimirían o retendrían para una etapa posterior.

En la segunda fase, la estructura de lenguaje-silencio del tercero imparcial sufre cambios profundos. Decidir un caso es especificar e intensificar tanto el conocimiento como la ignorancia. Pero para lograrlo resulta necesario controlar la dirección de la indagación. Con este objetivo en mente, el tercero imparcial

I Para una nueva teoría crítica del derecho

132

probablemente alternará silencios específicos con preguntas específicas. Con ello consigue dos objetivos. Por un lado, se asegura que conocerá más de lo que ya conoce e ignorará más de lo que ya ignora y, por lo tanto, podrá respaldar sus preferencias por una decisión determinada. Por otro lado, consigue comunicar estas preferencias a las partes, invitándolas a compartirlas o a refutarlas (especialmente cuando ya sólo permanecen abiertas unas pocas alternativas). Así, en esta fase las preguntas y los silencios, aunque parecen relacionarse fácticamente con el conocimiento y la ignorancia, son en esencia normativos. Indican lo que *debería* conocerse e ignorarse. También anuncian que el derecho a conocer o ignorar le pertenece ahora al tercero imparcial.

Los objetivos del tercero imparcial son diferentes en la mediación y, por lo tanto, la estructura de lenguaje-silencio también es diferente. En la mediación, las partes jamás renuncian del todo a su derecho a conocer e ignorar. Incluso pueden llegar a tener un control absoluto hasta el final del proceso de conflicto, como ocurre cuando el tercero imparcial es solamente un intermediario o un mensajero. Pero cuando el tercero imparcial tiene el poder de participar en las decisiones acerca de qué será objeto de mediación y de qué manera, entonces el derecho a conocer e ignorar se comparte entre las partes y el tercero imparcial. En la mediación, como mostrará el proceso legal de Pasárgada, el tercero imparcial se preocupa básicamente por participar en la creación del horizonte de concesiones y lo hace mediante la elaboración de criterios *ad hoc* de razonabilidad y de expectativas legítimas. Al hacer visible ese horizonte, lo transforma.

Si asumimos que las partes pertenecen a la especie del *homo juridicus*, pondrán sus posibles concesiones conforme a un plan de mínimo riesgo. Está en manos del tercero imparcial convertirlas en riesgos máximos. Esto explica por qué las partes en la mediación se ven frente a propuestas que parecen ser de su autoría, pero que de alguna forma resultan extrañas a sus intenciones e incluso a sus intereses. Cuando intentan rechazar la propuesta del mediador pueden, dependiendo de sus habilidades, no regresar a su posición original, sino a una diferente. Así un paso atrás puede ser, de hecho, un paso hacia delante. Me parece que el control de la decisión, manteniéndose los otros factores constantes, puede ser obtenido, en ciertos momentos, a través de silencios prolongados y ambiguos, pero este control de la mediación requiere también un empleo constante de lenguaje, combinado con silencios cortos y precisos.

En las páginas que siguen, los conceptos y cuestiones fundamentales de la retórica jurídica esbozada anteriormente se usan para caracterizar el tipo de razonamiento jurídico que permea el mecanismo de tratamiento de conflictos desarrollado por las clases populares en una favela brasileña, Pasárgada. Como dejará claro a continuación la presentación del estudio de caso, el derecho de Pasárgada es un ejemplo de la existencia de ordenes jurídicos locales y, por tanto, de la localidad como uno de los espacios-tiempo de la pluralidad jurídica y del predominio de la retórica como un componente estructural del derecho, que se presenta en fuerte contraste con la dominación de la violencia y la burocracia en el derecho estatal moderno.

III. La prevención y la resolución de los conflictos en el derecho de Pasárgada

1. Las circunstancias del caso¹³

Pasárgada es uno de los asentamientos ilegales más antiguos y extensos de Río de Janeiro. En 1950 tenía 18.000 habitantes; en 1957 esa cifra se había doblado; en 1970 sobrepasaba ligeramente los 50.000 habitantes. El asentamiento comenzó alrededor de 1932. Según uno de los residentes más viejos, por aquel entonces existían únicamente unas cuantas chabolas en la cima de la colina; el resto eran campos de cultivo. Por entonces, esos terrenos eran de propiedad privada, pero quién era su propietario y cómo pasaron paulatinamente a ser terreno público sigue siendo incierto.

Físicamente, Pasárgada se encuentra dividida en dos regiones¹⁴: la colina (*morro*) y la parte plana junto a las orillas del río que corre a sus pies. Este río es bastante pequeño, cenagoso y susceptible de causar inundaciones. Muchas chabolas están construidas sobre pilares que las elevan del suelo. Son las viviendas más precarias. Las calles, cuando son algo más que el espacio vacío que queda entre las chabolas, son estrechas y fangosas. A veces las aguas negras corren libremente entre ellas, siguiendo su curso por debajo de las cabañas de madera hacia el río, muy contaminado. Hay unos pocos puentes de madera inestables que conectan los dos lados del río. La mayoría de los asentamientos de Pasárgada se encuentran ubicados en la colina, la cual no es muy alta, ni tampoco muy empinada, con escasas excepciones, lo que la convierte en un lugar adecuado para construir. El ladrillo y el cemento son los materiales de construcción más comunes, aunque la calidad de la construcción varía considerablemente. La mayoría de las casas cuentan con electricidad y agua corriente. Existen diversas redes de acueducto en Pasárgada. La mayoría de ellas se sirven del agua de la ciudad y su funcionamiento varía enormemente. Las irregularidades en la prestación del servicio se deben a malos manejos financieros o a problemas técnicos, tales como la reparación de tuberías o la falta de fuerza de bombeo. Los residentes en las casas y las chabolas que carecen de agua corriente la obtienen de grifos públicos o de los vecinos. Alrededor del 80% de los establecimientos domésticos pertenecen a la red eléctrica administrada por la «comisión de electricidad»; el resto reciben el suministro de otras redes eléctricas pequeñas.

Hoy en día, Pasárgada se encuentra prácticamente en el medio de la ciudad, por lo cual el acceso a las áreas circundantes es bueno. Pero en sus inicios, Pasárgada se encontraba en la periferia de Río, en suelo que en aquel entonces

¹³ Para un análisis de las características ecológicas, socioeconómicas, políticas, religiosas, asociativas y culturales de las favelas de Río, y de Pasárgada en concreto, cf. Santos, 1974, caps. I y II.

¹⁴ En las páginas que siguen, uso el presente antropológico para referirme al periodo de trabajo de campo (1970). Desde entonces, la vida política y social ha cambiado extraordinariamente en Pasárgada, en gran parte debido al control de los traficantes de droga sobre la acción comunitaria, que ocurrió principalmente en los ochenta, pero también debido al proceso de democratización del Estado brasileño durante esa misma década. Cf., por ejemplo, Junqueira y Rodrigues, 1992.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

134

no tenía ningún valor especulativo. Por ello, Pasárgada logró desarrollarse de un modo más o menos libre durante unas tres décadas. Y cuando el valor del suelo comenzó a inflarse, debido al crecimiento de la ciudad a su alrededor (actualmente estos terrenos son muy deseados para vivienda e industria), la favela ya era tan grande y estaba tan desarrollada que un desalojo frontal hubiera tenido altos costos sociales y políticos.

La vida económica interna de Pasárgada es bastante intensa. Tiene establecimientos comerciales tradicionales y mercados y bares modernos. A su alrededor hay muchas fábricas, de las cuales una docena, o tal vez más, se encuentran a cinco minutos a pie. El grueso de la población activa son obreros industriales que trabajan en las fábricas circundantes. El resto son negociantes que tienen su actividad en Pasárgada, trabajadores municipales, servidores públicos de nivel inferior o trabajadores informales. La mayoría de los obreros industriales ganan el salario mínimo, pero el ingreso per capita de Pasárgada oscila alrededor de una cuarta parte de ese salario mínimo.

La vida asociativa de Pasárgada también es bastante intensa. Existen diferentes centros recreativos, equipos de fútbol, iglesias (cuyos miembros frecuentemente se organizan en grupos sociales o en asociaciones de caridad con el patrocinio del sacerdote católico y otros líderes religiosos), la comisión de electricidad y la Asociación de Residentes (en adelante, AR). Debido a su importancia para el análisis del derecho de Pasárgada, describiremos con mayor detalle a la AR. En Pasárgada, la AR fue el primer órgano de acción social, para toda la comunidad y manejada por ésta. Se creó con el propósito de organizar la participación autónoma y colectiva de los habitantes de Pasárgada en proyectos de infraestructura y cívicos comunitarios en la vecindad. Los estatutos de la AR enfatizan entre sus objetivos estatutarios los siguientes:

- 1) Interceder ante las autoridades estatales o federales competentes para que se tomen las medidas necesarias para satisfacer el acceso a los servicios públicos de sus asociados.
- 2) Actuar como intermediarios entre la población local, ayudándolos a resolver todos los problemas atinentes a la comunidad.
- 3) Actuar legalmente y con gran celo para mantener el orden y también la seguridad y la tranquilidad de las familias¹⁵.

La AR se hizo rápidamente conocida en la comunidad. A pesar de que muchas personas puede que no conozcan sus detalles organizativos o quiénes son sus directores, muy pocos desconocen su existencia hoy. Con independencia de sus funciones estatutarias, la AR es identificada en la comunidad con «mejoras y como un lugar a donde uno va si tiene problemas con la casa o la chabola». El significado popular de esta expresión bastante abierta es, de hecho, mucho más reducido. Ninguno de ellos pensaría en requerir la ayuda de la Asociación para

¹⁵ Un análisis detallado de los objetivos estatutarios de la AR puede verse en Santos, 1974: 98 ss.

solucionar un problema técnico de construcción. Pero los residentes bien pueden acudir a la Asociación cuando quieren organizar una jornada comunal para construir o reparar sus casas o sus chabolas, cuando creen que deben obtener una autorización para repararlas o ampliarlas, cuando desean realizar (o terminar) un contrato en relación con ellas, o cuando tienen disputas con los vecinos acerca de los derechos de construcción, la demarcación de los límites, o derechos de servidumbre o de ocupación. Esta enumeración indica que los residentes sólo presentan a conocimiento de la Asociación aquellos problemas de vivienda que afectan sus relaciones jurídicas públicas con el resto de la comunidad en su conjunto, o sus relaciones jurídicas privadas mutuas.

Si bien la AR no había tenido apenas actividad en materia de obras públicas, debido a que el Estado no había entregado la asistencia material prometida, su compromiso inicial con el desarrollo de la comunidad era sólido. Este nexo con la construcción, tanto pública como privada, estaba reforzado por el poder que entonces tenía para autorizar y supervisar cualquier tipo de reparación de vivienda, así como para demoler cualquier construcción que no hubiera obtenido su autorización. La AR muy pronto fue reconocida como una instancia que tenía jurisdicción en asuntos relativos al suelo y a la vivienda en toda Pasárgada. El origen de todo esto, como ocurre con todas las funciones sociales informales, es oscuro. El poder oficial para autorizar las reparaciones e impulsar obras públicas ciertamente fue un factor importante. Por otra parte, los directores hablaban del «carácter oficial» de la organización, implicando con ello que todas sus acciones estaban respaldadas por la autoridad estatal, lo cual no era cierto. Finalmente, existía la creencia de que la Asociación no sólo reflejaba la estabilidad del asentamiento, sino que también mejoraba la seguridad de las relaciones sociales al concederle al asentamiento un carácter jurídico. Todos estos factores pueden haber contribuido a que surgiera la idea de jurisdicción, mediante una analogía con el sistema jurídico oficial.

Debido a la forma en que la AR concibe su papel en la comunidad, no reconoce tener ninguna jurisdicción sobre asuntos penales. Cuando quiera que se enfrenta a una situación que parece involucrar la comisión de un delito, la Asociación no asume su conocimiento, pero tampoco lo reporta a la policía. Todo lo que le dirá a la supuesta víctima es: «Éste no es un problema que debamos resolver nosotros. Es un asunto de la policía». La AR se abstiene de conocer asuntos penales por varias razones. En primer lugar, porque aunque el mantenimiento del orden fue uno de los objetivos estatutarios que se trazó la AR, las juntas directivas han considerado que su meta principal consiste en el desarrollo de la comunidad y no en el control social. En segundo lugar, si la AR llegara a reconocer su jurisdicción sobre asuntos penales, inevitablemente gastaría la mayor parte de sus energías lidiando con los «barrios peligrosos» de Pasárgada, en donde se concentran los traficantes de droga, los criminales organizados y las prostitutas, y el crimen resulta más frecuente. Ello no sólo le impediría a la AR concentrarse en los asuntos que ella y la comunidad consideran como los más relevantes, sino que estropearía su imagen en los barrios más respetables de Pasárgada. En tercer lugar, la autoridad de la AR

I Para una nueva teoría crítica del derecho

136

ha venido siendo paulatinamente socavada por las políticas de un Estado cada vez más autoritario, que abandonó sus políticas de desarrollo comunitario de inicios de los sesenta, negándole de esta manera a la Asociación la provisión de los recursos necesarios para generar los servicios y obras públicos que en un principio la misma le había prometido a los residentes¹⁶. Debido a que los criminales, en particular, rechazarían la legitimidad de esta AR debilitada, cualquier intento de sus dirigentes por ejercer poder sobre dichos criminales podría ser peligroso (incluso físicamente). Finalmente, los funcionarios públicos y la sociedad «oficial» en general han asumido que las favelas y el crimen son casi sinónimos. Así, las acciones represivas en contra de las favelas, que van desde redadas casi diarias de la policía hasta el desalojo de comunidades enteras y la demolición de chabolas, frecuentemente se justifican en nombre de la lucha contra del crimen. Al involucrarse en asuntos penales, la AR se expondría a las acciones arbitrarias de un Estado autoritario y podría llegar a ser proscrita. Es cierto, como se verá adelante, que la AR intercede en algunos conflictos que conciernen a ciertos tipos de conductas penales. Pero en tales casos, la Asociación procede como si solamente se tratara de un asunto civil. Por otra parte, la AR asume que su jurisdicción civil se encuentra limitada a casos en donde se encuentran en entredicho asuntos sobre el suelo y la vivienda, aunque también se ocupa de conflictos que se refieren a materias diferentes.

Las relaciones entre la AR y los órganos del Estado que operan en Pasárgada son profundamente ambiguas. A inicios de los sesenta, un Estado populista parecía estar comprometido con una política de desarrollo comunitario más o menos autónoma dentro de las favelas. Esta política fue abandonada cuando la dictadura militar accedió al poder en 1964. Desde 1967, el Estado ha venido reforzando su control sobre las organizaciones y los líderes de las favelas; política que ha ido acompañada de la eliminación de cualquier tipo de autonomía «peligrosa». De esta manera, a diferentes organizaciones comunitarias se les ofrece «asistencia» por parte de diversos organismos estatales, pero si rechazan la oferta, se les imponen sanciones. Bajo estas condiciones, la AR de Pasárgada ha venido empleando diferentes estrategias para neutralizar el control de Estado; por ejemplo, evitan rechazar explícitamente la ayuda oficial, pero ignoran las órdenes que la acompañan y buscan evadir las sanciones formales con las que se les amenazan.

Las relaciones entre la AR y la policía, que tiene su sede cercana a la de la Asociación, en la parte central de la favela, son bastante complejas. La policía y la comunidad son adversarios mutuos. La comunidad evita tener contacto con la policía, quienes son conscientes de este hecho y de sus consecuencias negativas en materia de control social. Con el objeto de tener una mayor ascendencia en la comunidad, la policía ha tratado de relacionarse en buenos términos con las juntas directivas de diversas asociaciones, particularmente con la AR. Así, les han ofrecido sus «buenos servicios» a la AR, quienes los han aceptado, pero siendo conscientes del propósito que está detrás. En casos extremos, la AR se ha

¹⁶ En 1964, un golpe de Estado de los militares terminó con el gobierno democrático de João Goulart. La dictadura militar duró hasta los años ochenta.

apoyado en la policía para hacer cumplir ciertas decisiones, como se relatará más adelante. Pero la mayoría de las veces, la AR únicamente amenaza a los residentes recalcitrantes con la posible intervención de la policía, sin llegar a tomar acciones más drásticas con el objeto de castigar el no cumplimiento de sus decisiones. Esto es así porque la AR conoce el riesgo que implica que se la identifique demasiado estrechamente con una institución reprobada por la comunidad. En consecuencia, la Asociación y la policía han trabado una interacción de índole ritual, en la cual intercambian señales de mutuo reconocimiento y respeto que no son secundadas por una cooperación sustancial.

La sede de la AR se encuentra localizada en la parte central de Pasárgada, en una construcción de dos pisos hecha de ladrillo y cemento. En el primer piso hay dos habitaciones, una anterior, que es bastante espaciosa y con una puerta amplia que da hacia la calle, y una trasera de espacio reducido, que conecta con el segundo piso, el cual aún no está totalmente construido ni amueblado. La habitación trasera y el segundo piso se utilizan ocasionalmente por el presidente para celebrar reuniones a puerta cerrada (por ejemplo, para reunirse con las partes en conflicto). La habitación anterior se encuentra modestamente amueblada con un banco largo, que está pegado contra la pared, y tres escritorios con sus respectivas sillas: uno para el presidente, otro para el secretario y el tercero para el tesorero. Detrás de los escritorios se encuentran los archivos. Aunque las funciones estatutarias del presidente le limitan al ejercicio de labores de coordinación y representación, en la realidad es la figura central de la AR. Cuando un director titular renuncia a su cargo, el presidente puede asumir su cargo temporalmente. Él y el tesorero son los únicos miembros de la junta directiva que trabajan diariamente en la sede de la Asociación. El presidente llega alrededor de las 9 o las 10 de la mañana, sale a almorzar de 2 a 5, y permanece en la oficina hasta las 8 de la tarde. Usualmente, la tarde es la parte más ocupada del día laboral. Y si el presidente tiene que presidir la reunión de la junta directiva, no saldrá para su casa antes de las 10 o las 11 de la noche.

Únicamente pueden ser miembros de la AR los residentes de Pasárgada (o personas que de alguna forma tengan vínculos con la comunidad), quienes pagan una contribución mensual. La AR cuenta con alrededor de 1.500 miembros, pero no todos ellos pagan la contribución regularmente. A pesar de que sólo los miembros pueden participar en la asamblea general, la Asociación no restringe los beneficios únicamente a sus miembros. Ocasionalmente, sin embargo, las personas no miembros que requieren de los servicios de la AR pueden ser invitadas a formar parte de la Asociación. En la sección que sigue, estudio primero las actividades de la AR en relación con la prevención de los conflictos y luego analizo las relativas a la solución pacífica de los conflictos.

2. La prevención de los conflictos en Pasárgada

2.1. La certificación de las relaciones jurídicas por parte de la AR

Cuando los residentes quieren redactar un contrato o entrar en otro tipo de relación jurídica, pueden acudir a la AR para ver al presidente. Usualmente se encuentran acompañados por parientes, amigos o vecinos, algunos de los cuales

I Para una nueva teoría crítica del derecho

138

servirán como testigos. Las partes explican al presidente cuál es su intención, quien les puede formular preguntas acerca de la legitimidad del contrato. Por ejemplo, si el contrato incorpora la venta de una chabola o una casa, el presidente requerirá que el futuro vendedor pruebe que es el propietario. También le preguntará a las partes si se encuentran realmente decididas a celebrar el contrato y si están dispuestas a cumplir con las condiciones acordadas, o puede solicitar mayor información acerca de dichas condiciones.

Entonces el secretario o el tesorero redactan el contrato por escrito. Las partes pueden traer un texto preparado de antemano, el cual dictan al mecanógrafo, o le pueden solicitar al presidente, al tesorero o al secretario que redacten un borrador del texto de conformidad con los términos pactados. En este último caso, el funcionario les lee el borrador a las partes, quienes deben manifestar su acuerdo con la totalidad del texto antes de que sea mecanografiado. Para algunos contratos, como los de arrendamiento, por ejemplo, el empleado de la AR puede recurrir al uso de formularios comunes de contratación. Después de que el contrato haya sido mecanografiado, el presidente se lo vuelve a leer a las partes, quienes entonces lo firman en su presencia. Otros dos testigos también lo firman. Posteriormente el presidente estampa uno o más sellos de la Asociación en el documento. A las partes se les da una copia y la Asociación deja para su archivo la copia restante. La intervención de la AR en los acuerdos mutuos de creación y finalización de relaciones jurídicas se denomina *certificación*, y es similar a la función de los notarios. De este modo, la AR contribuye a la prevención de conflictos en Pasárgada. La certificación no sólo sirve para identificar las normas que regirán la relación mientras el acuerdo entre las partes perdure, sino también para anticipar las consecuencias del posible conflicto.

La certificación es un acto constitutivo en dos sentidos. En primer lugar, la AR no sólo certifica el acuerdo propuesto por las partes, sino que también puede sugerir la realización de ciertos cambios (por ejemplo, establecer cláusulas adicionales). Esto ocurre cuando el presidente se adelanta al posible surgimiento de un conflicto e indica ciertos puntos que no habían sido previstos por las partes y así se los hace ver a éstas, para que puedan prevenirlos. En segundo lugar, la certificación también es constitutiva en otro sentido, ya que es percibida por las partes como una fuente autónoma de seguridad en su relación mutua. En mi opinión, esa percepción se genera por un acto de retórica institucional, es decir, por la institucionalización persuasiva de los formalismos y procedimientos concebidos como argumentos tópico-retóricos. Este es un proceso de reinstitucionalización, en el sentido de que ciertos formalismos y procedimientos que están considerados ya como consuetudinarios se integran con otros nuevos en una totalidad que le concede a sus partes constitutivas una nueva orientación y significado. Esta institucionalización se encuentra íntimamente relacionada con crear un clima de acto oficial. Ya que la AR es una institución jurídica a la que el Estado le ha conferido ciertas funciones administrativas, estos formalismos y procedimientos configuran su poder persuasivo, no sólo por de sí mismos, sino también a partir de las circunstancias institucionales en que dichos formalismos

y procedimientos se celebran. Los formalismos y procedimientos que constituyen el proceso de certificación son concebidos aquí como argumentos retóricos, pues además de contribuir a la discusión de los méritos del caso, desempeñan un papel en el tratamiento del conflicto que sólo puede ser comprendido plenamente si se tiene en cuenta cómo y quién introdujo tales formalismos y procedimientos en el proceso. Examinemos brevemente cada uno de los formalismos y procedimientos que constituyen el proceso mediante el cual la AR certifica un contrato.

2.1.1. Los objetos físicos como argumentos

Empezaré por considerar aquellos argumentos no lingüísticos que preceden al proceso de ratificación y actúan a lo largo del mismo, puesto que son el núcleo de la retórica institucional y constituyen algunos de los nuevos formalismos y procedimientos con los que la AR consigue la reinstitucionalización de la relación entre las partes, ya mencionada. Los elementos que conforman este escenario institucional incluyen la edificación en la que se encuentra localizada la AR, que es una de las construcciones más sólidas de Pasárgada; los muebles y accesorios que componen la habitación anterior: los escritorios, la máquina de escribir, la bandera, los sellos de goma, los documentos que se encuentran encima de los escritorios, los archivos en los que se guardan los documentos, los afiches de la pared que anuncian los últimos programas estatales que buscan obtener participación popular (por ejemplo, las campañas de vacunación o aquellas en contra del analfabetismo); y, finalmente, los funcionarios mismos, de pie o sentados en sus respectivos escritorios. La integración de todos estos argumentos dentro de una unidad temporal y espacial ayuda a inculcar a las interacciones de las partes un sentido de compromiso normativo. Este tipo de compromiso está dirigido primordialmente a la creación de un orden y contrasta con el compromiso normativo típico del discurso institucional, que se basa en la participación forzosa y las sanciones obligatorias. Aunque la AR evoque la amenaza de la sanción, su retórica se orienta más hacia la conveniencia de que las personas respeten las reglas para conseguir fines compartidos, como se verá más adelante.

2.1.2. El interrogatorio

Las preguntas que realiza el presidente para tener conocimiento de la naturaleza, la legitimidad y las condiciones del contrato desempeñan diferentes tipos de funciones. En primer lugar, estas preguntas proporcionan la información que empleará el presidente para decidir si la relación debería ratificarse. Por lo general, no se certifica el acto si la AR no tiene jurisdicción territorial o material sobre el caso. Pero el presidente también se negará a conceder la certificación cuando, a través de la formulación de preguntas a las partes o por un conocimiento personal sobre el asunto, sospecha que existe algún tipo de fraude, como ocurre cuando, por ejemplo, el futuro vendedor no es el dueño de la propiedad en venta. En cualquier caso, en mi presencia jamás fue denegada certificación alguna.

Planteo, no obstante, que la principal función de la formulación de preguntas no es la obtención de información, sino más bien la confirmación del derecho

I Para una nueva teoría crítica del derecho

140

de la AR a realizar ese tipo de preguntas. Al hacerlo, la AR reconfirma su jurisdicción sobre el caso, refuerza la atmósfera de estar ante procedimientos oficiales y se muestra como representante de las preocupaciones que tiene la comunidad acerca de las consecuencias eventuales que puedan derivarse de esa relación. El aspecto retórico de dichas preguntas radica en el hecho de que tienen un impacto con independencia de las respuestas que generen. Efectivamente, el acto de formular las preguntas parece más importante que aquello que se pregunta. Esto no significa que las preguntas se efectúen arbitrariamente. Preguntarles a las partes sobre la naturaleza y las condiciones del contrato es reafirmar el hecho de que la libertad de contratación no es un principio absoluto en Pasárgada, sino algo que puede restringirse si los intereses superiores de la comunidad así lo exigen. Las respuestas también contribuyen al proceso de ratificación. Al responder, las partes no sólo aclaran por sí mismas sus compromisos, sino que también los hacen públicos, lo que refuerza la motivación de las partes a honrarlos.

2.1.3. *La elaboración del contrato*

Desde una perspectiva retórica, la elaboración del contrato, al igual que la determinación del objeto del conflicto, consiste en un proceso de negociación entre las partes, y entre cada una de ellas y los funcionarios de la AR. La AR orienta su enfoque hacia la defensa de los intereses de la comunidad y la protección de la parte más débil de la relación. Pero si las partes traen consigo un texto ya preparado en el que se plasma su acuerdo, eso significa que el proceso de negociación mutuo ya tuvo lugar y, por lo tanto, hay poco espacio para que la AR intervenga. Por otra parte, si se usa un formulario de contratación corriente, como ocurre con el caso de los arrendamientos, la influencia de la AR se incorpora al formulario y se hace efectiva cuando las partes lo aceptan. No obstante, el formulario tiene un valor sustancial y genera un sentido de ordenación normativa que va más allá de los meros contenidos de las cláusulas, ya que las partes, al suscribir oraciones que rutinariamente ya han suscrito muchos otros residentes, se perciben a sí mismas como involucradas en una estructura jurídica en curso que antecede y trasciende su propia relación. Además, si bien los términos de la fórmula se convierten en parte del contrato, sólo cuando los mismos han sido aceptados pasan las partes a entender el formulario como una normatividad que trasciende su voluntad. La repetición rutinaria y las estandarización de las formulas contractuales son una parte constitutiva de su contenido normativo. No obstante, esto no quiere decir que los formularios se apliquen mecánicamente. Más allá de la necesidad obvia de llenar los espacios en blanco (el precio, la fecha, etc.), podrán eliminarse algunas cláusulas y añadirse otras.

A través de la elaboración del contrato, la AR ayuda a aclarar el contenido de la relación. Estimula un diálogo entre las partes acerca de motivos de conflicto no previstos, forzando de esta manera a una reapertura del proceso de negociación. De igual forma, difunde el conocimiento jurídico al aconsejar a las partes sobre las consecuencias de una determinada línea de conducta, como el incumplimiento en el pago o la firma de un pagaré. También interviene en las relaciones cuando sabe,

por ejemplo, que la parte más pobre y vulnerable está asumiendo un compromiso particularmente oneroso, y sugiere que se establezcan otro tipo de condiciones, como un plazo más amplio para pagar el saldo del precio de la compra.

2.1.4. *La redacción del contrato*

Una vez que se han establecido los términos del contrato, el contrato debe plasmarse por escrito. Aquí resulta conveniente diferenciar entre el proceso de escritura del contrato y el producto escrito. A pesar de que sobre este punto específico no realicé una recolección sistemática de información, me parece que en Pasárgada el *topos* de la palabra escrita predomina sobre el de la palabra oral, lo cual sugiere que las relaciones que tienen lugar son permeadas más por un discurso jurídico que uno de tipo moral.

Con referencia al proceso de escritura, su valor más significativo no se reduce a que mediante el mismo se logre separar la promesa del promitente. La escritura es un ritual que adquiere su propia dinámica, orientada hacia la creación de un fetiche mítico jurídico que se superpone a su base material (los elementos del contrato, el papel, el redactor). La AR realiza esta superposición mediante la sustitución del texto manuscrito por el texto mecanografiado. El teclado de la máquina de escribir extrae de la hoja en blanco un fetiche jurídico, en un proceso bastante parecido al del cincel que extrae una estatua de una roca. El hecho de que un medio tecnológico se encuentre entre el escribiente y la escritura únicamente consolida el mito de la trascendencia y la impersonalidad, particularmente en una comunidad como Pasárgada, en donde escribir a máquina no es una habilidad común, y una máquina de escribir es un objeto extraño. De otra parte, el poder persuasivo del *topos* de la palabra escrita se fortalece más si el mecanismo de escritura es percibido como algo que se destruye con menos facilidad (esto es, está más cerca de la imprenta que de la escritura manual).

2.1.5. *La lectura del contrato*

Tras ser escrito a máquina, el documento se le lee a las partes. Probablemente esta es la primera vez que las partes experimentan la dialéctica de autonomía y de alienación que sufrirá su relación a lo largo del proceso de ratificación. Mediante la lectura, el acuerdo escrito parece valerse por sí mismo, reflejando, como en un espejo deformante, una caricatura extraña de la afirmación personal de la voluntad. El hecho de que el documento sea leído en voz alta por un tercero imparcial solo hace que se amplíe la independencia de lo que es leído de las partes que lo concibieron. La lectura se constituye en un momento importante del proceso de prevención de los conflictos mediante la ratificación. La AR le presenta el acuerdo a las partes, incrementando de este modo el sentimiento de alienación y extrañeza que se encuentra en el núcleo de cualquier estructura normativa.

2.1.6. *La firma del contrato*

A la lectura le sigue la firma del documento. A primera vista, esta firma puede interpretarse como la síntesis dialéctica, como el momento en el que

I Para una nueva teoría crítica del derecho

142

las partes superan su alienación y reapropian su compromiso por sí mismos. No obstante, un análisis más detallado nos muestra que es una falsa superación. El momento de la firma representa la polarización más aguda que tiene lugar entre el promitente y la promesa que está haciendo. En presencia de otros, las partes tienen que certificar como propio algo que apenas se les ha entregado, negando de esta forma su papel como creadores del documento. La síntesis verdadera se dará más tarde, cuando el cumplimiento efectivo de los términos del contrato tenga lugar. El reconocimiento de la polarización, y no de la síntesis, al momento de la firma, es lo que justifica, en el nivel más profundo, que otros dos testigos firmen el documento. Efectivamente, los testigos certifican la autonomía del acuerdo escrito, incrementando la distancia entre las partes y el acuerdo que tienen ante ellos.

2.1.7. *La presencia de testigos*

Hasta ahora hemos realizado un análisis donde las partes aparecen confundidas, pero lo cierto es que el acuerdo genera una división del trabajo en la que las partes asumen posiciones diversas e incluso antagónicas, que los testigos pueden ayudar a afianzar. Por ejemplo, cada parte puede readquirir cierta sensación de que el acuerdo le pertenece, que es suyo, al percibir que ahora el acuerdo es autónomo en relación con la otra parte. La presencia de testigos corrobora y refuerza dicha idea. De otra parte, los testigos realizan una contribución comunitaria al proceso, al colectivizar la relación ocurrida entre las partes, imbuyéndola de un cierto sentido de ordenación normativa popular. Los testigos representan no sólo el consenso y el control social, sino también un proceso jurídico en curso con un aura de continuidad y tradición, dentro del cual debe integrarse el acuerdo individual.

La AR también se encuentra interesada en la construcción colectiva y popular de un orden normativo. Trabaja en unión de los testigos, pero desde perspectivas diferentes, ya que la AR forma parte de la superestructura institucional, mientras los testigos son una parte no mediada de la comunidad, y es por ello que un único testigo no resulta suficiente. Una sola persona es un individuo, una expresión de libertad, mientras dos personas son una comunidad, una expresión del control social. Mediante la negación recíproca de su individualidad, los dos testigos generan una entidad autónoma que puede funcionar como una fuente de normatividad, como una comunidad eficiente que simboliza a la verdadera comunidad.

2.1.8. *La estampación de sellos*

Luego de que el documento es firmado, el presidente lo estampa con uno o varios sellos. Aquí nuevamente resulta conveniente diferenciar entre los sellos como un producto terminado y el proceso de su estampación como actividad. Los sellos son signos a través de los cuales la AR manifiesta simbólicamente su prerrogativa de participar en la creación del orden normativo que se incorpora a la relación. Estructuralmente, los sellos evocan el interrogatorio del inicio del proceso de ratificación. En ambos casos, la AR afianza su derecho de arrancar la relación a la intimidad de las partes. La diferencia es que esta afirmación es hipotética en

el caso del interrogatorio, mientras que en la imposición de sellos es definitiva. En cierto sentido los sellos son la respuesta que la AR les ofrece a sus propios interrogantes. El orden normativo simbolizado en los sellos resulta ampliado por el hecho de también se utilizan en los documentos de índole administrativa de la propia AR. De esta manera, se transmite una atmósfera de acto oficial al proceso de certificación.

Por su parte, la estampación de sellos como actividad cuenta con su propio significado. Se trata de un movimiento de arriba hacia abajo, en donde el sello impacta firme y enérgicamente en el papel. Esta actividad es estructuralmente similar a la del patriarca colérico que asesta un puño a la mesa para requerir la obediencia de sus niños, o la del sacerdote que golpea su mano en el borde del púlpito para recalcar un punto importante, o el niño enfadado que arroja su juguete contra el suelo o patalea. Todas estas actividades simbolizan autoridad, recalcan ciertos puntos, refuerzan un orden normativo. Así como el escritor pone en cursiva aquellas palabras que quiere enfatizar, este tipo de actividades son la cursiva de las relaciones sociales. De hecho, la imposición del sello es más importante que el sello mismo, pues simboliza el ejercicio de control respecto a la culminación y el carácter irrevocable de la transacción.

2.1.9. El archivo del documento

Finalmente, se reparte una copia del documento a cada parte y otra se incorpora a los archivos de la AR. Así como los funerales son ceremonias que acomodan las relaciones entre los sobrevivientes, y entre ellos y la persona fallecida, mediante la nueva representación de su muerte, así mismo el acto de archivar el documento representa nuevamente el proceso de certificación. Las partes no se llevan consigo el original del documento, que queda sepultado entre otros archivos, sino sólo una copia del mismo, como la fotografía que los parientes conservan de la persona fallecida. El archivo de documentos simboliza la seguridad de la relación y con ello una afirmación del orden normativo colectivo, ya que de ahí en adelante la conducta de las partes se supervisará con ese documento, que está fuera de su control. Ello es así porque el documento puede revelar una discrepancia entre los términos con los que fue efectuado el acuerdo y la conducta real de las partes.

En el análisis precedente he sostenido que el proceso de certificación es un acto constitutivo porque incorpora un orden normativo a la relación entre los residentes y porque dicho proceso bien puede influenciar el futuro de la relación. Ya había anticipado que los formalismos y los procedimientos de Pasárgada carecerían del rasgo mecánico que caracteriza a los sistemas jurídicos formalizados. Esta predicción parece ser respaldada por la dinámica del proceso de certificación: los acuerdos pueden ser diseñados por las partes, por el presidente o por todos ellos de forma mancomunada; el número de sellos puede variar; e incluso el número de copias del documento puede cambiar también. En particular, el grado de profundidad con el que el presidente interroga a las partes es muy variable. La duración del interrogatorio mantiene una relación inversamente proporcional al conocimiento

I Para una nueva teoría crítica del derecho

144

del presidente de las partes involucradas, de su honestidad y su reputación en el cumplimiento de sus compromisos, y directamente proporcional al valor de la propiedad objeto de la transacción. Ya que en el proceso de ratificación pretende otorgar a las transacciones un sentido de orden normativo que aumente la seguridad de las relaciones contractuales de Pasárgada, el presidente percibe que las amenazas son mayores cuando no conoce a las partes o cuando el valor de la propiedad es alto. Así, el proceso de certificación se encuentra estructurado para poder otorgar una mayor seguridad a aquellas relaciones que así lo requieren. De esta manera, se mantiene el carácter instrumental de los formalismos y los procedimientos.

2.2. Las normas sustantivas que definen el ámbito y tipo de relaciones

Existen diferencias asombrosas entre el tipo y la variedad de relaciones que son conocidas por la AR en Pasárgada, por un lado, y las que llegan a los centros de asistencia jurídica gratuita en la ciudad, por otro. Cuando realicé mi trabajo empírico, aproximadamente un 85% de los asuntos adelantados en los centros de asistencia jurídica gratuita correspondían a casos de pensiones compensatorias para los cónyuges en caso de separación o divorcio, o pensiones de alimentos para los hijos. Los funcionarios públicos brasileños tendían a concluir que dichos casos eran los problemas jurídicos más recurrentes entre los pobres. Por el contrario, el patrón de las relaciones conocidas por el sistema jurídico de Pasárgada muestra que aunque la mayoría de sus habitantes son pobres se encuentran involucrados en una variedad de relaciones, muchas de las cuales guardan una similitud estructural, aunque no material, con relaciones que los funcionarios públicos brasileños considerarían como típicas de la clase media. Demostraré esto en el contexto de la prevención de los conflictos y luego en el contexto de su resolución. Empezaré estudiando los contratos de compraventa.

Caso 1

Yo, E.L [identificación plena], declaro que vendo al señor O. M. [identificación plena] una *benfeitoria* de mi propiedad localizada en [localización]. E. L. pagará la suma de [precio] como pago anticipado y el saldo del precio será abonado en ocho pagarés efectivos a partir de [fecha]. En caso de que el señor O. M. incumpla tres meses la realización del pago, este documento será declarado inválido. Este acuerdo se efectúa de manera legal y voluntaria, y se declara que la propiedad se encuentra libre de todo gravamen y demanda judicial. El terreno no forma parte de la presente transacción por cuanto es de propiedad del Estado.

Este contrato se firma por las partes y por dos testigos en dos copias, una de las cuales será conservada por la Asociación por sí llegara a ocurrir algún incidente.

FECHA

FIRMA

TESTIGOS

La estructura normativa del Caso 1 es compleja, como puede verse en un análisis del objeto de la transacción. Si bien ese objeto es una casa, es denominado como *benfeitoria* en el documento. *Benfeitoria* es una expresión técnica empleada por el sistema jurídico oficial para referirse a las mejoras que se realizan sobre los bienes (muebles o inmuebles). Estas mejoras pueden o no transferirse separadamente de los bienes a los que se encuentran adheridas. Resulta importante explicar la manera en que se toma prestada esta expresión técnica, porque, por un lado, había predicho que el lenguaje jurídico en Pasárgada sería bastante cercano al lenguaje ordinario y porque, por otro, dicha expresión se utiliza frecuentemente en Pasárgada.

En el derecho de Pasárgada el término *benfeitoria* no se refiere a ningún tipo de mejora, como ocurre en el sistema jurídico oficial, sino a las casas y a las chabolas, revelando así el carácter selectivo del préstamo lingüístico. Además, el término se utiliza en Pasárgada para certificar que las partes no tienen la intención de transferir el suelo sobre el que se ha construido la casa o la chabola, puesto que el mismo es de propiedad del Estado. Incluir el terreno en éste tipo de contratos sería un delito si se hace de manera intencional, pero el uso del término *benfeitoria* neutraliza dicha posibilidad. Para entender el empleo de este término, resulta necesario concebir al derecho de Pasárgada no como un sistema cerrado, que sigue siendo autónomo a pesar de los préstamos de expresiones como la mencionada, sino como un sistema jurídico parcial que coexiste, en una situación de pluralismo jurídico, con otro sistema jurídico también parcial, pero dominante. El término *benfeitoria* no se dirige a los propios habitantes de Pasárgada, sino al sistema jurídico oficial brasileño y a sus funcionarios públicos. Para esta última audiencia lo que importa es la certificación de una intención jurídica específica. Una vez que esta intención se certifica de manera ritual, la audiencia interna asevera lo siguiente: desde el punto de vista del derecho de Pasárgada, la transacción real involucra tanto la casa o la chabola como el terreno sobre el cual se construyó.

De este modo podría parecer que, con referencia a las casas y a las chabolas, el derecho de Pasárgada ha tomado prestadas las normas oficiales concernientes a las *benfeitorias*. Pero según el sistema jurídico oficial, las construcciones permanentes son el ejemplo más claro de *benfeitorias* que no pueden transferirse sin transmitir también el terreno sobre el cual se encuentran construidas, excepto en situaciones estrictamente específicas y reguladas, lo cual es justamente lo opuesto a lo que se hace en Pasárgada. En realidad, Pasárgada no ha tomado prestada la norma, sino simplemente la idea de que es posible concebir una separación lógica entre bienes que se hayan físicamente ligados. Esta idea se ha adaptado después conforme a las necesidades de Pasárgada, y la norma así moldeada ha resultado ser la antítesis de la norma oficial. Definitivamente, esta contradicción no obedece a algún tipo de división profunda que exista en los postulados culturales subyacentes al derecho de Pasárgada y al derecho oficial, sino que se explica por la dependencia del derecho de Pasárgada del derecho oficial en cuanto a la determinación del estatus jurídico del suelo. Así, la autonomía de las normas de Pasárgada

I Para una nueva teoría crítica del derecho

146

en materia de *benfeitorias* es instrumental y maleable, orientada a minimizar la posibilidad de surgimiento de cualquier conflicto con el sistema jurídico oficial. El conflicto fundamental sobre el estatus jurídico del suelo es de este modo transformado en un conflicto superficial entre normas que regulan las *benfeitorias*.

Debido a que la minimización de conflictos en situaciones de cambio se ha conseguido frecuentemente a través de ficciones jurídicas, presumo que las normas de Pasárgada sobre *benfeitorias* encarnan la ficción de que el terreno no se encuentra incluido en la transacción. Esta ficción es recurrente en múltiples formas, pues con ella se expresa un conflicto existente entre la norma fundamental del derecho de Pasárgada y la norma fundamental del derecho oficial¹⁷. En términos de la norma fundamental del «derecho del asfalto»¹⁸, la propiedad del suelo en Pasárgada es ilegal porque éste es de propiedad del Estado. Esta norma fundamental y sus consecuencias son conocidas en Pasárgada, no sólo a través de experiencias reiteradas (por ejemplo, el Estado se sirve de la ilegalidad de la posesión del suelo para justificar su negativa a suministrar servicios públicos), sino también mediante los nexos que allí se han creado con ciertos funcionarios públicos. De hecho, dicha norma determina todo el comportamiento frente a las agencias estatales, en general, y frente a aquellos encargados de «los problemas de los asentamientos ilegales», en particular. Incluso el movimiento de principios de los sesenta que buscaba obtener la legalización progresiva del dominio de las favelas partió de la aceptación de dicha norma fundamental.

Dentro de Pasárgada, no obstante, esta norma fundamental se invierte a través de la ficción arriba mencionada, haciendo que la posesión del suelo se vuelva legal. La norma fundamental de Pasárgada proporciona el fundamento de la legitimidad de las transacciones entre los habitantes de Pasárgada sobre casas y chabolas, que se consideran objetos reales y no *benfeitorias* en cualquiera de sus significados técnicos. Aun cuando estas transacciones son oficialmente inválidas, ya que una casa no puede ser legalmente transferida sin que también se transmita el terreno sobre el cual se encuentra y el suelo sobre el que se hayan las favelas no puede ser de propiedad privada, el concepto oficial de invalidez es inoperante

¹⁷ Tomo el término de norma fundamental (Grundnorm) de H. Kelsen (1962: 2 ss.), aunque lo uso en el sentido más amplio de norma o conjunto de normas que establecen las bases jurídicas generales para la regulación de áreas específicas de la vida social, en lugar de en el sentido de Kelsen de norma fundamental, concebida como el presupuesto lógico-trascendente de la pirámide del derecho.

¹⁸ Los documentos jurídicos en Pasárgada contienen referencias a las «leyes en vigor», una expresión técnica que significa «las leyes oficiales». En el discurso oral más informal, los habitantes de Pasárgada se refieren a las leyes oficiales y el sistema jurídico oficial como «el derecho del asfalto», porque es la ley que gobierna las relaciones sociales en las áreas urbanizadas que, a diferencia de Pasárgada, tiene carreteras y calles pavimentadas (asfaltadas). Dependiendo de las circunstancias, esta categoría popular se usa para referirse al hecho de que el derecho del asfalto también se aplica a Pasárgada o que, puesto que Pasárgada no tiene asfalto, el derecho oficial no se aplica allí. Uso la expresión «derecho del asfalto» y «sistema jurídico oficial» de manera intercambiable.

entre los habitantes de Pasárgada en tanto este tipo de transacciones y las relaciones sociales que ellas generan se circunscriben al perímetro de Pasárgada y se atienen a las instituciones y mecanismos que se encuentran bajo su jurisdicción. De esta manera, la ficción jurídica básica permite que coexistan dos ideas mutuamente contradictorias de legalidad sin que interfiera la una con la otra, pues sus jurisdicciones se mantienen separadas.

Esta dinámica normativa, de la cual me ocuparé nuevamente más adelante, revela la manera en que el derecho de Pasárgada toma prestadas instituciones de otros ordenamientos. Los préstamos son innovadores y selectivos con el propósito de conseguir dos fines. El primero, garantizar la supervivencia normativa del derecho de Pasárgada en una situación de pluralismo jurídico en donde el derecho oficial mantiene el poder de definir cuáles son los problemas normativos, aunque no le sea posible resolverlos. Pero además, los préstamos son innovadores porque dan respuesta a las condiciones sociales y a los recursos institucionales de la comunidad, que difieren de aquellos de la sociedad más extensa que configuró el derecho oficial. Mientras el primer proceso puede requerir innovaciones manifiestas, como he tratado de mostrar en los párrafos precedentes, el segundo trata de preservar el contorno general de la norma que se ha tomado prestada, haciendo innovaciones en el nivel de los preceptos técnicos sustantivos o procedimentales. El Caso 1 consiste en un contrato de compraventa que no tiene más condiciones particulares que el pago aplazado del precio de la venta. No obstante, las compraventas de Pasárgada frecuentemente incluyen condiciones adicionales, como puede verse en los siguientes casos.

Caso 2

Yo, U. L. [identificación plena], declaro que le vendo al señor A. M. una de los cuartos de mi casa ubicada en la [localización plena], por la suma de [precio]. Acordamos que en caso de que el señor A. M. intente vender el cuarto, tendré la facultad de ejercer el derecho preferencial de tanteo¹⁹. Realizado en presencia de dos testigos.

FECHA

FIRMA

TESTIGOS

Caso 3

Yo, E. D. [identificación plena], declaro que he recibido [determinada suma de dinero] por parte del señor J. M., como primer plazo de la suma total [precio total] de la *benfeitoria* que le vendí. El señor J. M. tiene la obligación de correr hacia atrás la segunda pared para que

19 El derecho de tanteo aparece en los documentos de Pasárgada prácticamente de la misma forma que aparece en los documentos jurídicos del sistema oficial, porque los habitantes de Pasárgada se han socializado en la misma cultura jurídica oficial, y ni las circunstancias en Pasárgada, ni las relaciones entre el derecho de Pasárgada y el sistema jurídico oficial requieren en este caso la autonomía normativa de Pasárgada. Sobre ello se hablará más en las páginas siguientes.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

148

quede a la altura de la tercera pared. La casa cuenta con tres habitaciones de las siguientes dimensiones [anchura y longitud].

FECHA

FIRMAS

TESTIGOS

En el Caso 2 el objeto de la compraventa es un cuarto. En el sistema jurídico oficial esta venta sería imposible. En Pasárgada, no obstante, la compraventa de habitaciones individuales no es solo una transacción frecuente, sino que no genera ningún tipo de problema jurídico. Debido a la falta de terrenos aptos para nuevas construcciones y al alza en los precios de la finca raíz, hay bastantes personas que necesitan un techo y solamente pueden permitirse comprar un cuarto y no una casa. Además hay propietarios de casas que requieren urgentemente dinero en efectivo y que consideran la venta de un cuarto como una solución ideal, ya que siguen siendo propietarios de su vivienda, pero logran obtener una suma de dinero que el simple alquiler jamás les proporcionaría. Ya que este tipo de transacciones no pone en peligro el interés superior de la comunidad, no hay razón alguna para que el derecho de Pasárgada no las legitime.

En el Caso 3, el señor E. D. insta al señor J. M. a que reconstruya una de las paredes, ya que él es el propietario de la casa contigua y quiere garantizarse el acceso a la misma desde la calle. Debido a que en la transacción están previstos los actos de demolición y reconstrucción, el señor E. D. ofrece una descripción detallada de la casa, con todas las medidas incluidas. En el derecho del asfalto siempre resulta necesario incluir una descripción minuciosa de la casa. El derecho de Pasárgada no insiste particularmente en este punto, y así muchos de los documentos únicamente indican la ubicación de la casa. En general, las transacciones en Pasárgada se limitan a las casas y a los jardines, que cuentan con linderos precisos. No obstante, en el Caso 3 las obligaciones generadas justificaron e hicieron necesario que se describieran las medidas de la casa, lo cual constituye otro ejemplo revelador del carácter instrumental de las formalidades en el derecho de Pasárgada.

En los casos precedentes, los contratos de compraventa crearon determinadas relaciones sociales. Otros contratos finalizan relaciones, intercambian casas o chabolas por otros inmuebles localizados en Pasárgada o en otros asentamientos ilegales, o los permutan por automóviles o suelo rural. Las donaciones y los testamentos también hacen parte de esos acuerdos jurídicos, como ilustra el Caso 4.

Caso 4

Yo, S. E [identificación plena], vivo en una *benfeitoria* de mi propiedad [descripción detallada de la *benfeitoria*]. Durante diez años la señora y el señor X. O. han vivido conmigo, me han ayudado y me han tratado con respeto, amor y ternura. Desde hace un año tengo paralizado mi lado izquierdo, por lo cual he permanecido en cama y sólo me he podido mover gracias a la ayuda de esta pareja. Habiendo recibido toda esta ayuda y asistencia de esta pareja, y por no tener

otros recursos con los cuales compensarles por todo lo que han hecho por mí [de nuevo toda la descripción del cuidado y la ayuda prestada], he decidido de manera voluntaria y consciente que luego de mi fallecimiento mi *benfeitoria* pase a ser de su propiedad. Esta es una manera de mostrarles mi gratitud por todo lo que han hecho por mí [de nuevo las mismas expresiones acerca de la ayuda y el cuidado recibidos]. Ya que no sé leer ni escribir pongo mis huellas dactilares en presencia de dos testigos.

FECHA

HUELLA

FIRMAS DE LA PAREJA Y LOS TESTIGOS

El Caso 4, involucra una acción que expresa ciertas actitudes personales a la vez que produce ciertas consecuencias jurídicas. El discurso moral tiende a predominar sobre el discurso jurídico y su orientación tópico-retórica se dirige a crear un argumento persuasivo a favor de la legalidad de la acción ejecutada, reforzando así la seguridad de la relación que resulta de ella. La necesidad de una retórica intensa surge del hecho de que la legalidad de la acción puede ponerse en duda, y de que existe una gran probabilidad de que la misma se impugne por terceros imparciales. Todos los casos previamente analizados se encuentran regidos por intereses materiales. Aquí, no obstante, el donante experimenta una pérdida material clara; su única ganancia es emocional y también personal, en el sentido de que la misma no podrá transferirse a otras personas que podrían después reclamar tener derechos sobre el bien de su propiedad. Así, las partes del caso desean neutralizar posteriores reclamaciones legales que pudieran hacer la esposa o los herederos, por lo cual recalcan el vínculo cercano que hay entre los imperativos éticos y las consecuencias jurídicas de la donación, todo con el objetivo de prevenir que una norma en conflicto deshaga dicho resultado en el futuro.

Esta estrategia retórica resulta visible en varios niveles. En primer lugar, el *topos* de la repetición es ampliamente utilizado. La misma expresión de gratitud por todo el amor, cuidado, ternura y respeto recibidos, es repetida una y otra vez. Lejos de constituir un error en la preparación jurídica del documento, lo que se intenta es recalcar la presencia de las normas que generan las consecuencias jurídicas deseadas. Al mismo tiempo, este argumento moral sugiere la presencia de un argumento jurídico paralelo, lo que frena el intento de aislar la transacción del discurso jurídico. La retórica del argumento moral emplea también el *topos* de la restitución y la recompensa, mediante el cual tanto el futuro como el pasado resultan conectados. Mediante este *topos*, al presentarse una descripción dramática y detallada de la enfermedad del donante, se enfatiza la necesidad de compensar a los donatarios por los servicios prestados a favor del donante, y con ello se da por supuesta la magnitud de los mismos. La prestación de estos servicios ha generado un derecho legal a su compensación. Así, el discurso moral se emplea para transformar una donación en un contrato bilateral en el que los servicios son remunerados con la propiedad de un bien.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

150

Como se ve, los contratos de Pasárgada se ajustan de manera admirable a las necesidades y los intereses de las partes. Claramente los mismos exponen las intenciones de las partes, para así obtener la ventaja recíproca que cada una anticipa. Con estos contratos también se revela la relación dialéctica que existe entre la prevención y el surgimiento de los conflictos. Al expandir el área de la anticipación del conflicto y al redactar ciertas cláusulas para afrontarlos, las partes robustecen la función de prevención de los conflictos del contrato. Al mismo tiempo, al multiplicar los términos del acuerdo, las partes aumentan las probabilidades de que puedan cometerse violaciones al mismo y que con ello de que surjan conflictos. Desde la perspectiva del derecho del asfalto, estos contratos son bastante «complejos»; si con los mismos se quisiera satisfacer todos los requerimientos exigidos por el derecho, exigirían una preparación jurídica fastidiosa. En el derecho de Pasárgada, no obstante, dichos contratos siguen siendo extremadamente flexibles y no requieren mucho tiempo o habilidades particulares para redactarse.

En este epígrafe, he analizado las normas sustantivas del derecho de Pasárgada en relación con los contratos y la prevención de conflictos. Ahora pretendo estudiar las formalidades y los procedimientos. La distinción, sin embargo, se realiza porque facilita la presentación. Como se verá a continuación, forma y sustancia se encuentran interrelacionadas en Pasárgada.

2.3. Los formalismos y los procedimientos empleados para legalizar las relaciones

Los formalismos jurídicos pueden ser no verbales y verbales. Estas últimos se expresan mediante un lenguaje jurídico-técnico. En este epígrafe argumentaré que los formalismos jurídicos de Pasárgada son instrumentales casi siempre, orientados hacia objetivos sustantivos a los cuales supuestamente deben servir. El derecho de Pasárgada es flexible en los formalismos, pero rígido en los asuntos éticos. Cuando quiera que se toman prestados formalismos jurídicos del derecho del asfalto, el patrón seguido es similar a aquel que se analizó para las normas sustantivas. La autonomía relativa del formalismo de Pasárgada en esta situación de pluralismo jurídico sugiere que se está desarrollando un sistema formalista de raigambre popular o comunitaria a la par de un lenguaje técnico popular.

El proceso de certificación que ya se describió, y que muestra cómo los formalismos pueden emplearse para generar y robustecer la normatividad, se centra alrededor del documento escrito que certifica la existencia de la transacción jurídica. En el derecho del asfalto pueden identificarse dos tipos principales de documentos jurídicos: los privados y los públicos. Estos últimos son elaborados por un notario público de acuerdo con unos procedimientos determinados, y son utilizados primordialmente para certificar la transferencia de un título jurídico sobre un bien inmueble. Luego se incorporan al correspondiente folio oficial en el correspondiente registro de la propiedad. Tanto los documentos privados como los públicos se firman usualmente por las partes y los testigos. Los documentos de Pasárgada son estructuralmente similares a los documentos privados del derecho del asfalto y se firman por las partes y dos testigos. No obstante, el derecho de

Pasárgada utiliza estos documentos para certificar la existencia de transacciones jurídicas (como la transferencia de un título sobre un bien inmueble), lo cual requeriría la elaboración de un documento público en el derecho del asfalto²⁰. De esta manera, el derecho de Pasárgada toma prestado del derecho estatal el contorno general del formalismo jurídico. Un documento escrito es considerado como una instancia necesaria para certificar los actos y las intenciones contractuales, pero la seguridad que se obtiene de ese modo no depende de que se cumplan las distinciones y procedimientos técnicos que prescribe el derecho del asfalto. Los testigos son utilizados porque constituyen símbolos importantes, resultan poco costosos y no crean ningún tipo de demora.

Las formalidades son flexibles y se adaptan a las circunstancias. Un buen ejemplo de ello es la firma del documento por las partes. Ya que pueden ser anal-fabetas, tanto el derecho de Pasárgada como el del asfalto admiten como firma la huella dactilar de la persona que no sabe leer y escribir. Pero mientras en el derecho del asfalto la huella dactilar debe colocarse en el documento en presencia de un funcionario público, conforme a los procedimientos públicos para determinar su autenticidad, en el derecho de Pasárgada no les es exigido a las partes nada más que la impresión de la huella sobre un papel de la misma forma en que lo harían si ofrecieran su firma. No son simples diferencias de forma, sino diferentes concepciones funcionales. Mientras en el derecho del asfalto la huella dactilar puede llegar a *sustituir* a la firma, en el derecho de Pasárgada se *firma* con la huella dactilar, por lo cual la firma y la huella dactilar son utilizadas como sinónimos. Lo que se tomó prestado fue la estructura lógica de la huella dactilar, la posibilidad de concebir un signo material alternativo para expresar un compromiso jurídico.

Otro tipo de contingencias puede llegar a afectar el formalismo del contrato. En el caso que sigue, el hijo de la vendedora había expresado públicamente sus dudas acerca de la compraventa, y el comprador estaba preocupado, pues temía que el hijo de la vendedora fuera a utilizar el hecho de que su madre era anal-fabeta como pretexto para impugnar la transacción. Por lo tanto, el comprador rehusó comprar la chabola hasta que la vendedora no convenciera a su hijo de que firmara el contrato como testigo

Caso 5

Yo, C. E. [identificación plena], declaro que he recibido la suma de [cantidad] como el precio justo de la *benfeitoria* que vendí al señor

²⁰ Los habitantes de Pasárgada no podrían de ninguna manera conseguir certificar sus transacciones jurídicas en documentos públicos del derecho del asfalto, no sólo porque su posesión del suelo es ilegal, sino porque sus casas violan los códigos de vivienda (no se les ha concedido la habite-se, la cédula de habitabilidad). Desde el punto de vista del asfalto, los documentos privados que se usan en Pasárgada podrían verse como transferencias válidas de posesión, no de propiedad. Pero los habitantes de Pasárgada únicamente hacen esa distinción cuando se refieren al sistema jurídico oficial. Conforme al derecho de Pasárgada, estas transacciones transfieren la propiedad y, de hecho, los derechos transferidos exceden los simples derechos de posesión como se conciben por el derecho del asfalto.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

152

L. P. [identificación plena]. La *benfeitoria* es [medidas de la chabola, bastante pequeña]. Esta hecha de madera y baldosín francés. Cuenta con agua y luz. El comprador de ahora en adelante goza de todos los derechos sobre la *benfeitoria* y puede hacer con ella lo que a bien tenga.

Ya que no sé leer ni escribir, acudo a mi hijo mayor para que responda por esta compraventa, quien por ello firma como testigo ocular (*testemunha de vista*) este contrato.

FECHA

FIRMA DEL COMPRADOR

TESTIGOS

(UNO DE LOS CUALES ES EL HIJO DE LA SEÑORA C.E.)

El hijo de la señora C. E. firma el contrato más que como un mero testigo del mismo, pues es su heredero legítimo y, por lo tanto, una parte cuyo consentimiento resulta legítimo en el derecho de Pasárgada para dar seguridad a la transacción. De hecho, la preocupación por la seguridad de la transacción también se puede constatar en la descripción detallada de las medidas de la chabola, así como de los derechos adquiridos por el comprador. Este caso nos indica que las partes de una transacción bajo el derecho de Pasárgada no se limitan al comprador y al vendedor, sino que incluyen personas cuyo consentimiento es considerado particularmente relevante. Estas personas no son agentes de las partes, ya que su consentimiento es autónomo, y ese consentimiento puede sustituir, reforzar o incluso contradecir el consentimiento de la parte con la que tales personas tienen una relación relevante. El siguiente caso ayuda a ilustrar esta situación.

Caso 6

El señor N. T. entra en la Asociación y le explica su caso al presidente. Este es el diálogo que sostienen:

Señor N. T.: Le compré mi chabola al señor S. D. Prometió darme un recibo seis meses más tarde, luego de que le pagara la totalidad del precio. Pero nunca me lo dio y así transcurrieron cuatro años. Ahora le vendí mi chabola a la señora C. A., pero antes que nada ella quiere ver el documento que demuestre que efectivamente yo le compré la chabola al señor S. D. Pero no lo tengo.

Presidente: Entiendo su problema. Usted no cuenta con prueba alguna para demostrar que es el propietario de la chabola. En ese caso le tiene que pedir al señor S. D. que comparezca ante nosotros. Firmará el documento de compraventa de la chabola a su favor y así usted luego podrá vendérsela a la señora C. A.

Señor N. T.: Pero el problema es que el señor S. D. ya no vive en Pasárgada. Vive bastante lejos y no cuento con dinero para el transporte. Pero sus hijos viven en Pasárgada y conocen todo lo que ocurrió. Vieron que le compré la chabola a su padre.

Presidente: En ese caso lo que debe hacer es tratar de que el

señor S. D. se acerque a nuestra sede. Si no puede hacerlo, entonces traiga a sus hijos para que testifiquen sobre el contrato que hubo entre usted y el señor S. D.

El Caso 6 ilustra la importancia que tiene el documento escrito para certificar las transacciones jurídicas de Pasárgada, de dos maneras sobre todo. Cuando el señor N. T. le compró la chabola al señor S. D., acordaron que el precio se pagaría a plazos. El señor S. D. no confió en el señor N. T., por lo cual le prometió firmar el documento de compraventa sólo cuando se hubiera sido efectuado el pago total, ya que sin ese documento el señor N. T. no podría nunca probar que la venta se realizó, ni por lo tanto ejercer sus derechos sobre la chabola. Pero el señor N. T. nunca llegó a necesitar el documento y, por lo tanto, nunca presionó al señor S. D. para que le firmara uno. Ahora desea vender su chabola y la compradora quiere ver el documento de propiedad primero. El señor N. T. se acerca a la AR porque sabe que esta entidad está ahí para resolver este tipo de problemas. El presidente identifica el problema, y lo parafrasea de una manera que, aunque es un poco más precisa y técnica, resulta fácilmente comprensible para el señor N. T.: «Usted no cuenta con prueba alguna para demostrar que es el propietario de la chabola». Los conocimientos jurídicos del presidente, aunque son mayores que los del señor N. T., no se expresan en un lenguaje esotérico. El problema no es la existencia de un derecho del señor N. T., sino la prueba de su existencia. Por lo tanto, resulta moral y jurídicamente obligatorio que se ayude al señor N. T., pues los problemas de forma no deben prevalecer sobre los imperativos sustantivos.

La solución se configura a través de pasos lógicos. La mejor solución sería que el señor S. D. firmara el documento, pero el señor N. T. trata de convencer al presidente de que resultaría bastante oneroso. En su lugar, le propone una alternativa. Si los hijos adultos del señor S. D. testifican sobre la existencia de la venta, su consentimiento reemplazaría el de su padre. No son meros testigos, sino partes subrogadas, pues se presume que sus intereses materiales coinciden con los de su padre. Este razonamiento jurídico es compartido por el presidente, pero se dan unas diferencias sutiles. En efecto, el presidente recalca el orden lógico de las soluciones. En primer lugar, el señor N. T. debe intentar traer al señor S. D.; únicamente si no puede lograrlo (lo cual no es un imponderable absoluto, pero sí quizá una imposibilidad para el señor N. T.), la segunda alternativa será aceptada. La solución que es finalmente adoptada se perfila como la más factible dentro de un espectro de soluciones orientadas hacia los mismos fines sustantivos.

Este caso muestra que se puede dar un proceso de negociación sobre los formalismos, tal y como anuncié que ocurriría con respecto al objeto del conflicto. El señor N. T. participó activamente en la creación del formalismo que se exigió en este caso. Esto es posible debido a que los formalismos no se aplican automáticamente en Pasárgada. Existe una estructura básica (la necesidad de obtener un documento firmado), de la cual se pueden seguir distintos caminos. No es suficiente que uno de ellos parezca el más lógico, pues debe ponderarse frente a las cargas que genere. No sería justo forzar al señor N. T., quien claramente es el dueño de la

I Para una nueva teoría crítica del derecho

154

chabola, a que gaste parte del efectivo que recibirá de la venta en intentar traer al señor S. D. a la AR. Éste es otro ejemplo que muestra cómo el derecho de Pasárgada es rígido con la ética y flexible con los formalismos.

El Caso 6 muestra la posibilidad de que partes subrogadas respalden el consentimiento presunto de la parte ausente. Pero las partes subrogadas también pueden emplearse para remplazar o contrarrestar la voluntad de una persona que podría negarse a dar su consentimiento.

Caso 7

El señor G. M. se acerca a la AR con el señor B. T. y le explica su problema al presidente.

Señor G. M.: Usted sabe que yo soy el propietario de la *benfeitoria* localizada en [ubicación]. Quiero vendérsela al señor B. T., pero el problema es que no he logrado obtener el consentimiento de mi esposa. Abandonó la casa hace nueve meses y no ha regresado desde entonces.

Presidente: ¿En dónde se encuentra?

Señor G. M.: No lo sé. De hecho, no considero que su consentimiento en el presente caso sea relevante porque, después de todo, la casa fue construida en su totalidad con mis propios medios y mi trabajo. Además no existe ningún documento de compra de materiales de construcción que ella haya firmado.

Presidente (mantiene silencio, luego habla): Bien, yo sé que usted es una persona honesta y que su esposa se ha portado bastante mal (silencio). ¿Cuánto tiempo lleva ausente su mujer?

Señor G. M.: Nueve meses.

Presidente: En realidad, eso no es mucho tiempo (Silencio). Considero que su hijo mayor debe dar su consentimiento sobre la venta de la *benfeitoria* y firmar el documento como un testigo.

Señor G. M. y señor B. T.: Estamos de acuerdo.

Señor G. M. al señor B. T.: Podríamos redactar el documento de una vez...

El documento se redacta a continuación de la siguiente forma:

Yo, el señor G. M. [identificación plena], quien convivo como buen padre con mis seis hijos y estoy separado de mi esposa, quien abandonó el hogar sin dar noticia alguna, declaro que le vendo una *benfeitoria* de mi propiedad al señor B. T. [identificación plena], localizada en la [ubicación], que me pagará inmediatamente la suma de [cantidad], y el saldo restante será pagado en plazos de [cantidad], pagaderos mensualmente. Declaramos que debido a que no existe ningún documento a nombre mío o de mi esposa, vendo esta *benfeitoria* sin gravámenes o pleito pendiente alguno. De hecho, fue construida con mi trabajo y mis recursos. Firmo esta declaración en la presencia de dos testigos y en sendas copias, una de las cuales será guardada

por la Asociación de Residentes para el caso de que ocurra cualquier eventualidad.

FECHA

FIRMA DEL COMPRADOR

FIRMAS DE LOS TRES TESTIGOS

(UNO DE LOS CUALES ES EL HIJO MAYOR DEL SEÑOR G. M.)

En Pasárgada es sabido que el derecho del asfalto exige el consentimiento de la esposa legítima para que el contrato de venta del inmueble de la residencia conyugal sea válido. No obstante, muchas parejas de Pasárgada no están casadas y, de todas formas, se presume que la esposa ha dado su consentimiento si al momento de la transacción está viviendo con su marido. Pero los señores G. M. y B. T. se encuentran en dificultades, porque, si bien el primero está casado, su esposa no convive con él, por lo cual no puede presumirse el consentimiento de la esposa. Les preocupa que la esposa pueda impugnar la venta, particularmente porque se trata de una casa bastante cómoda y cuyo precio es considerable. Así, deciden acudir a la AR por dos razones. Desean estar seguros de que si la esposa del señor G. M. decide presentarse a la AR para impugnar la transacción, será en vano. Pero también quieren estar seguros de que si la esposa acude a las instituciones jurídicas del derecho del asfalto, se respetará la solución formulada por la AR²¹.

La pregunta del presidente acerca del paradero de la esposa del señor G. M. sugiere que la mejor solución sería obtener su consentimiento. Inmediatamente, el señor G. M. responde que no sabe en dónde se encuentra, aunque es probable que lo sepa. Aunque el presidente no profundiza mucho en el asunto, ya que es de conocimiento público que se fue con otro hombre y que le había sido infiel al señor G. M. antes de que se decidiera a abandonar el hogar. Bajo el principio machista que domina la AR, sería humillante que el señor G. M. tuviera que verse con su esposa de inmediato, algo que un «cornudo típico» no estaría dispuesto a hacer.

De cualquier manera, el señor G. M. trata de eliminar esta posibilidad convenciendo al presidente de que cumplir con esta formalidad no es muy importan-

21 Podemos intentar imaginarnos por qué las partes deberían preocuparse de una apelación del señor G. M. al derecho del asfalto, puesto que éste no reconoce los derechos y las transacciones establecidas por el derecho de Pasárgada. Sin embargo, no deberíamos olvidar que en esta situación de pluralismo jurídico el sistema jurídico informal se encuentra dominado por el sistema jurídico oficial, y representa el comportamiento jurídico de las clases dominadas dentro de una sociedad capitalista. Los habitantes de Pasárgada experimentan la discriminación diariamente y por ello saben que la autonomía jurídica, fácilmente tolerada ahora en Pasárgada, puede destruirse fácilmente cuando quiera que el Estado desee hacerlo, bajo el disfraz de cualquiera de los lemas publicitarios mediante los cuales se reproduce la dominación de clase, como, por ejemplo, el «desarrollo urbano», la «lucha contra el crimen», la «ley y el orden», «abajo con los barrios de chabolas insalubres» (John Steinbeck describe en *Las uvas de la ira* como los Hoovervilles [barrios obreros] fueron quemados durante la Depresión en los Estados Unidos en el nombre del derecho, el orden y la dignidad humana).

I Para una nueva teoría crítica del derecho

156

te en su caso, «porque, después de todo, la casa fue construida en su totalidad con mis propios medios y mi trabajo». Este argumento encarna el *topos* de la equidad, mediante el cual el precepto formal que exige el consentimiento de la esposa es reinterpretado a la luz de las circunstancias concretas del caso. Tal argumento resulta convincente, ya que en el derecho de Pasárgada los formalismos no se aplican mecánicamente. El consentimiento de la esposa se reconoce *como* un formalismo que debe respetarse, pero la justificación sustantiva que subyace a ese formalismo es lo que le confiere su contenido. Frecuentemente resulta apropiado requerir el consentimiento de la esposa, porque se entiende que ella ha contribuido activamente a la creación del patrimonio del hogar. Pero si es posible demostrar que dicha participación no tuvo lugar, el formalismo se vuelve inane.

Existen indicios en el Caso 7 que pueden llevar a pensar que el *topos* de la equidad como justificación moral, por sí mismo, podría resultar insuficiente para determinar si se ha cumplido con el precepto formal. Esto es así porque los participantes son conscientes de que se están moviendo dentro de una esfera de pluralismo jurídico, en donde el derecho del asfalto le concede un peso considerable a la formalidad del consentimiento (esto es, resulta más legalista o formalista). Por lo tanto, el señor G. M. se ve en la necesidad de reforzar su discurso moral mediante un argumento jurídico: su esposa no tiene prueba alguna de haber contribuido a la construcción de la casa, ya que no existe ningún recibo de compra de los materiales de construcción en donde aparezca su firma. A diferencia del Caso 4, los discursos moral y jurídico se mantienen separados, y si bien se retroalimentan mutuamente, el discurso jurídico permanece en un lugar subsidiario. El presidente admite que el argumento jurídico es plausible, pero en ningún momento lo considera concluyente; después de todo, la esposa del señor G. M. podría encontrar otras formas para probar su participación en la construcción de la casa.

El presidente considera que el caso es bastante complejo. Su silencio no es sólo un indicio de su nivel de perplejidad, sino también una estratagema retórica para comunicarle su vacilación a las partes y convencerlos de que no deben esperar que el contrato sea totalmente seguro. Así, el presidente toma el único camino que parece estar abierto, que es prescindir del consentimiento. Es por ello que pregunta sobre cuándo se fue la esposa del señor G. M. Estructuralmente, el razonamiento jurídico aquí esgrimido es bastante similar al que subyace a las normas que regulan la prescripción. Si la esposa del señor G. M. hubiera estado ausente por un tiempo considerable, cualquier reclamo en contra del contrato hubiera tenido poca credibilidad. Si el señor G. M. viviera sin su esposa desde hace tiempo, podría contratar probablemente como si se tratara de una persona soltera. Pero sólo han permanecido separados por nueve meses y este lapso es bastante corto. El presidente siente que el señor G. M. merece, y más aún, necesita hacer que la compraventa sea lo más segura posible. En primer lugar, el sentido común machista del presidente le hace ver que, mientras el señor G. M. siempre había sido una persona honesta y respetada por la comunidad, su esposa se había ganado una mala reputación mucho antes de que lo abandonara. La esposa no tendría argumentos morales para insistir en el cumplimiento de las formalidades

del consenso. En segundo lugar, el presidente sabe que la razón principal por la cual el señor G. M. desea fervientemente vender la casa es porque se siente avergonzado de todo lo que ha ocurrido y se quiere ir de Pasárgada tan pronto como le sea posible. A la luz de estas consideraciones, el presidente propone una solución que le permita a las partes contratar sin el consentimiento de la esposa del señor G. M., pero que, no obstante, dote a la transacción de cierta seguridad. Si el hijo mayor de la pareja (que es adulto) consiente en realizar la venta, sería un obstáculo más a la hora de impugnar la transacción. Si ella intentara oponerse al contrato, ahora estaría actuando en contra de la voluntad de su hijo y la de su marido. Así, la participación de su hijo en la transacción podría persuadirla a no actuar y a que se decidiera el caso en su contra si llegara a plantearlo.

En consecuencia el hijo mayor no es sólo un testigo. En efecto, en el documento el señor G. M. declara que firma en presencia de dos testigos, por lo cual el hijo es verdaderamente una parte subrogada. Pero aun así, su consentimiento en realidad no reemplaza al de su madre, razón por la cual el documento recalca más el hecho de la ausencia de ésta que el de la presencia de su hijo. Se da así una inversión de factores que puede constatar en estas circunstancias: mientras en el diálogo sostenido con el presidente el argumento moral predomina y el jurídico es relegado a un plano subsidiario, en el documento se observa la dinámica inversa. La *benfeitoria* es vendida sin ningún gravamen ni pleito pendiente, debido a que no existe documento alguno firmado a nombre de la esposa. El argumento moral («la casa fue construida en su totalidad con mis propios medios y mi trabajo») es solamente un mecanismo de refuerzo. El documento, como instrumento jurídico, subvierte el trasfondo normativo y hace que el argumento jurídico se vuelva preeminente.

En la primera sección sobre el estudio de Pasárgada he intentado dilucidar la estructura interna del razonamiento jurídico en Pasárgada, centrándome en la discusión del contexto que rodea a la prevención de los conflictos. Ahora pasaré a examinar el escenario de la resolución de los conflictos, que constituye la segunda parte de mi análisis sobre el derecho de Pasárgada.

3. La resolución de los conflictos en Pasárgada

3.1. El proceso

Cuando quiera que la AR se escoge para resolver un conflicto, el procedimiento típico que se sigue es el siguiente: el solicitante se acerca a la Asociación y le expone su reclamo al presidente o, en su ausencia, a uno de los directores. Si el peticionario no es aún miembro de la AR, es muy probable que se convierta en uno a partir de su caso, y así pagará los derechos de membresía y la primera contribución mensual. El funcionario, por su parte, adelantará una especie de audiencia preliminar del caso. En primer lugar, le preguntará sobre la ubicación exacta de la *benfeitoria*, para estar seguro de que se encuentra dentro de los límites de Pasárgada y de que la AR tiene, por lo tanto, jurisdicción sobre ella. A continuación sus nuevas preguntas se orientarán a determinar si la AR tiene jurisdicción material sobre el conflicto de acuerdo a su naturaleza (derechos de

I Para una nueva teoría crítica del derecho

158

propiedad y habitación). Finalmente, dependiendo de qué tan bien conozca al solicitante y cuánto conocimiento tenga de su conflicto, el funcionario entrará a hacer preguntas más detalladas sobre el asunto motivo del conflicto, al igual que empezará a ponderar, *prima facie*, la razonabilidad de la reclamación. El funcionario puede concluir que el solicitante está iniciando el trámite sólo por rencor personal, o puede afirmar que su postura no es seria, o que no tiene una verdadera intención de solucionar la disputa, o incluso que no es parte del conflicto en modo alguno²².

Cuando la Asociación admite el caso, el funcionario registra el nombre y la dirección del residente contra el cual se presenta la reclamación, y le envía una invitación escrita para que se acerque a la AR en el día y la hora indicados para «ventilar un asunto de su interés». Al solicitante también se le pide que venga en esa fecha. En el entretanto, el presidente o un director pueden ir a inspeccionar el lugar. Si la persona requerida afirma que no puede asistir a la AR en el día indicado, se señala otra fecha. Si no dice nada y no comparece, y el solicitante reafirma su insatisfacción con la situación, se redacta una segunda invitación. Si con esta tampoco se consigue obtener respuesta alguna, entonces se aplicarán otro tipo de mecanismos, como la intervención personal del presidente, de un amigo de la persona requerida o incluso de la misma policía. En ocasiones la persona requerida irá a ver al presidente antes de la audiencia para explicarle su versión del caso y presentar sus propias pretensiones en torno al mismo. Las partes pueden estar acompañadas en la audiencia por amigos, por parientes o por vecinos, aunque estos no intervengan para nada en el asunto motivo del debate. Así, el presidente invita a las partes a la habitación trasera o a una de las del segundo piso, en donde el caso será oído *in camera*. Usualmente, primero presenta su versión el solicitante, seguido por la persona requerida. Entonces el presidente les formula preguntas y las partes pueden entrar en un intercambio acalorado de puntos de vista. Por último, el presidente decide.

Las fases procedimentales previas a la audiencia generan un ambiente de interacción y una atmósfera de evaluación del caso que retroalimentan las circunstancias finales del proceso y contribuyen a su terminación. El proceso no sólo refleja la jurisdicción de la AR, sino que también la recrea y la refuerza. Mediante esta dinámica, la decisión a la que se llega adquiere mayor fuerza, esto es, se

22 Un día que me encontraba charlando con el presidente, entró una chica de dieciséis años en la asociación, llevando a su hija de cuatro meses en los brazos. Explicó que había estado viviendo con su madre en la chabola de su padrastro, que su padrastro la había violado, que había huido y que ahora no tenía sitio donde vivir. El presidente le dijo: «Mira, no sé como puedo ayudarte. ¿Quieres que invite a tu madre y a tu padrastro para que discutamos el caso? De hecho, creo que el caso con tu padre tiene una naturaleza criminal. No puede resolverse por la Asociación de Residentes. Es un problema que corresponde a la policía». La chica respondió: «No quiere denunciarlos. No quiero ni hablar con ellos. Sólo pensé que la Asociación podía tener alguna chabola o cuarto para alquilar». Atrapada entre un sistema de justicia penal inaccesible y una AR insensible e impotente, la mujer se fue sin que su reclamación hubiera sido atendida de manera alguna.

refuerza la probabilidad de que la misma sea aceptada por las partes. Ya que la AR no asume casos de oficio, ni tampoco despliega ningún tipo de jurisdicción oficial, un residente que acude a su sede está reconociendo públicamente la existencia de su jurisdicción. Se produce un intercambio entre el residente que quiere que se solucione su caso y la AR que quiere que se reconozca su jurisdicción.

En algunas ocasiones, cuando tanto el solicitante como la persona requerida elevan su caso al presidente por primera vez, éste les pregunta si saben que la AR tiene un «carácter jurídico» (*qualidade jurídica*). Usualmente la respuesta es afirmativa. Sin embargo, el propósito de la pregunta no es obtener información acerca qué tan difundido se encuentra el estatus jurídico de la AR, sino establecer la prerrogativa incuestionable de la AR para resolver los casos que se encuentren dentro de su jurisdicción. Ya que el derecho del asfalto no le ha concedido jurisdicción oficial a la AR, no existe otra manera de crearla sino afirmándola, de una manera ritualista, en contextos en los cuales esa aseveración resulta persuasiva y significativa. Esta afirmación del «carácter jurídico», que tiene lugar en una fase bastante temprana del tratamiento del conflicto, se encuentra íntimamente relacionada con el problema de la elaboración de la decisión final. Debido a la fragilidad que caracteriza a los poderes sancionatorios de la AR, la elaboración de la decisión final depende de su aceptación por las partes, sin que se haga necesario acudir a la coerción externa. Porque aunque el poder puede manifestarse intempestiva y espectacularmente, el tipo de autoridad que genera el cumplimiento voluntario de lo mandado se desenvuelve siempre poco a poco y sin grandes dramas. El presidente recalca este punto al inicio del proceso de conflicto para que su eficacia pueda tener lugar al final del mismo.

El establecimiento de la jurisdicción territorial también sirve de refuerzo para la autoridad desplegada por la AR. El mensaje emitido no es tanto que si la chabola se encuentra afuera de Pasárgada la AR no cuenta con jurisdicción, sino que si se encuentra ubicada dentro de su perímetro, la jurisdicción de la AR resulta indiscutible. El mismo análisis se puede hacer respecto a la determinación de la jurisdicción por razón de la materia de la que trata el caso. Al hacer énfasis en los límites que enmarcan su autoridad, la AR dispersa las dudas acerca de su autoridad dentro de dichos límites. Las preguntas iniciales relacionadas con el contenido de la reclamación permiten que el presidente adquiera un conocimiento previo del caso antes de que el tratamiento del conflicto llegue a su fase final. Este conocimiento previo también se encuentra influenciado por todo el conocimiento personal que el presidente pueda tener acerca del conflicto, por la comparecencia unilateral de la persona requerida para explicar su versión del caso y expresar sus reclamaciones, y por la inspección *in situ* del bien objeto de la disputa. En esta fase del proceso, los *topoi* de la resolución del conflicto se aplican de una forma bastante vaga e inarticulada, pero es suficiente como para darle al presidente las primeras impresiones acerca de las características relevantes del caso y las normas aplicables al mismo.

Cuando el presidente se encuentra accidentalmente con el demandado al inspeccionar el lugar del conflicto, le invita oralmente a la audiencia; en cualquier

I Para una nueva teoría crítica del derecho

160

otro caso, lo hace por escrito. La posibilidad de usar este medio de comunicación anuncia la seriedad de la situación y el empeño de la AR en ratificar su jurisdicción sobre el caso. El mensaje contiene una invitación para acercarse a la AR con el fin de «ventilar ciertos asuntos de su interés». Esta expresión encarna la ambigüedad presente en todo el proceso de invitación. Debido a que el mandato emana de un centro de poder frágil, la única manera de afirmar ese poder es mediante una autonegación y es por ello que se propone como una invitación. La unidad del mensaje explícito se encuentra escindida en dos mensajes implícitos: por una parte, la promesa velada de que los intereses del residente se promoverán o protegerán si acepta la invitación, y, por la otra, la amenaza velada de que esos intereses se sacrificarán si se la rehúsa²³. Si esta estrategia fracasa, la AR intensificará su presión sobre la persona requerida sólo si el solicitante reafirma su interés en el caso volviendo a presentar su reclamación. Ciertos mensajeros persuasivos, tales como un amigo de la persona requerida, el presidente o uno de los directores, pueden insinuar que la policía podría intervenir con el propósito de hacerle comparecer ante la AR u obligarle a cumplir cualquier decisión a la que llegue esta entidad en su ausencia. No he observado personalmente este tipo de acciones policiales, pero sí he visto entregar invitaciones por la policía en casos en donde la AR quiere embargar la construcción de una casa o una chabola. El presidente reconoce que la falta total de cooperación constituiría un problema bastante serio, pero también afirma que dicha situación ocurre excepcionalmente. Por mi parte, no podría establecer qué tan cierto es esto.

En la mayoría de los casos observados, la fase final del proceso de resolución del conflicto tuvo lugar *in camera*, asegurando de este modo una atmósfera de intimidad y privacidad que sirve varias funciones. En primer lugar, las partes pueden airear sus ansiedades sin ser molestados por la presencia de personas extrañas. En segundo lugar, debido a que resulta mucho más difícil acceder al presidente cuando está en la habitación trasera, el discurso retórico-jurídico del que hace parte no se verá interrumpido. Si este discurso ha de ser persuasivo, las partes deben involucrarse en un intercambio continuo de puntos de vista, mediante el cual se desenvuelva gradual y precariamente una orientación normativa. Puesto que el acopio de persuasión en la retórica jurídica jamás es irreversible, una ruptura puede significar un retorno al punto de inicio.

Finalmente, el desplazamiento de las partes de la habitación abierta delantera a la habitación trasera cerrada se encuentra acompañado por el traslado del

23 El uso de la invitación como una citación *ersatz* (sustitutiva) no se limita al derecho de Pasárgada. Se usa en general por los abogados que funcionan dentro del marco del sistema jurídico oficial. Los abogados de los despachos de Río que prestan ayuda jurídica, por ejemplo, que también carecen del poder de realizar citaciones, invitan al acusado a que se reúna con ellos para intentar alcanzar un acuerdo amistoso extrajudicial. Creen que al estar impresa la invitación en papel oficial del fiscal del Estado y a veces entregarse por un secretario del tribunal, se interpretará por el destinatario como una citación judicial. No tengo ninguna prueba de que el derecho de Pasárgada haya tomado prestada esta estrategia del derecho del asfalto. Parece más probable que sean respuestas independientes frente a condiciones similares.

conflicto desde el ámbito natural en donde ocurrió hacia un escenario jurídico en el que se debatirá y se solucionará eventualmente. La multitud de circunstancias y consecuencias que caracterizan al primer contexto se transforman en una lista de cuestiones relevantes en el segundo. Con todo, el conflicto no pierde completamente su contacto con su ámbito natural ya que, al igual que las partes que se encuentran en la habitación trasera, continúa situado en las coordenadas de Pasárgada y se sigue socializado conforme a las formas y maneras típicas de este territorio. Pero así como la habitación cerrada les ofrece a los participantes un foro privilegiado en el cual pueden debatir su conflicto, asimismo el escenario jurídico le confiere al conflicto una perspectiva más marcada.

Una vez que las partes asisten a la AR y la audiencia comienza, nos encontramos en la fase final del proceso de resolución del conflicto.

3.2. Los *topoi* de la resolución de conflictos

3.2.1. *El topos de la equidad*

En las disputas surgidas por conflictos en donde se encuentran en juego intereses individuales, este *topos* exige que se realice una ponderación, ficticia o real, de las obligaciones y los derechos involucrados, y su resultado acerca el proceso al modelo de la mediación. Se ha sugerido que, en la práctica, es imposible encontrar casos de adjudicación pura o de mediación pura, y que, por lo tanto, resulta más conveniente trabajar con las categorías de adjudicación mixta y mediación mixta (Santos, 1995, cap. 3, publicado en castellano en Santos, 2003b). Defiendo aquí que debe considerarse también una tercera categoría: la mediación aparente. Esta categoría tiene lugar en casos en donde las necesidades retóricas del argumento llevan a que el mediador presente su decisión como un acuerdo, cuando en realidad en esa decisión se están protegiendo las pretensiones de una de las partes.

Iniciaré la discusión de este tema con el análisis del Caso 8.

Caso 8

El señor S.B. vendió su chabola al señor J. Q. por Cr\$1.000²⁴. El comprador pagó la mitad del precio de forma inmediata y prometió pagar lo restante a plazos. En el día acordado pagó el primer plazo (Cr\$50). El segundo plazo de Cr\$200 también se pagó a tiempo. No obstante, en lugar de darle el dinero al vendedor, el señor J. Q. se lo entregó a la esposa de aquel, que se guardó el dinero y se lo gastó. De otra parte, ésta le había sido infiel a su esposo y se había acostado con el hermano del comprador. Al saber esto el señor S. B. asesinó a su esposa y reclamó de nuevo la propiedad de la chabola. El comprador alegó que había pagado a tiempo todos los plazos y que tenía la firme intención de pagar el saldo. Le había dado el segundo plazo a la es-

24 Todas las cantidades se expresan en cruzeiros brasileños, que, en el momento de la investigación, se cotizaban a 26 centavos de dólar.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

162

posa del vendedor bajo la creencia de que ella le entregaría el dinero respectivo a su esposo. Se invitó a la hermana del vendedor a que se acercara a la Asociación para representar a su hermano, quien no pudo asistir debido a que estaba siendo buscado por la policía. El presidente explicó que no sería justo revocar la compraventa debido a que el comprador había actuado de buena fe a lo largo de la transacción. Por otra parte, sostuvo que el vendedor no podía resultar perjudicado por la omisión del comprador de entregarle directamente el pago del plazo debido y que, por lo tanto, no debía descontarse el plazo correspondiente del saldo de lo que el vendedor seguía debiéndole al comprador. El presidente finalmente decidió, con el acuerdo de las partes, que el comprador debía pagar el saldo en seis plazos, tres de Cr\$100 y tres de Cr\$50.

Como quiera que el presidente conociera las circunstancias dramáticas que rodeaban a este caso antes de que el señor J. Q. elevara su reclamación ante la AR, ya tenía una opinión previa de los hechos y de las normas que se aplicaban al conflicto. El señor S. B., al reclamar que la chabola volviera a su patrimonio, estaba utilizando al señor J. Q. como cabeza de turco por la rabia que le tenía a su hermano. Pero resultaba claro que el señor J. Q. no había tenido ninguna participación en los asuntos de su hermano y que había actuado de buena fe. Luego de que las partes expusieron sus versiones, el presidente invocó la norma que exige mantener la buena fe en las relaciones contractuales. También empleó el *topos* de la equidad para desechar algunas soluciones extremas, generando así los fundamentos normativos para elaborar una decisión intermedia.

El señor J. Q. siempre había actuado como un comprador de buena fe. Pagó todos los plazos a tiempo. El hecho de que uno de los pagos se lo hubiera entregado a la esposa del señor S. B. no podía ser considerado como una violación del contrato. Ya que el señor S. B. y su esposa se encontraban legalmente casados, la chabola era de propiedad de ambos; por lo tanto, el señor J. Q. le entregó el pago de un plazo a uno de los vendedores, asumiendo de manera razonable que la esposa del señor S. B. le daría a éste el dinero respectivo. Después de todo, la utilización de partes subrogadas está plenamente reconocida en el derecho de Pasárgada. De hecho, en el caso se está empleando esta figura, ya que le fue permitido a la hermana del señor S. B. representarlo en la audiencia para evitar más demoras. En consecuencia, hubiera sido injusto no haber considerado los intereses legítimos del señor J. Q. revocando la compraventa. De otra parte, el señor S. B. contrató con el señor J. Q. bajo el entendido de que el pago de los plazos siempre le sería entregado a él, ya que no confiaba en su esposa. Pero no recibió la totalidad de los plazos a los que tenía derecho y jamás obtendría aquél que se le entregó a su esposa. Resultaría injusto no prestarle atención alguna al interés legítimo del señor S. B. de obtener el pago total producto de la venta de su chabola (bajo la ética machista de la AR, la pretensión moral del señor S. B. no se veía afectada por el asesinato de su esposa, que le había sido infiel). Al excluir las dos alternativas que llevarían a sacrificar de forma total los intereses de alguna de las partes, el presi-

dente legítimo, y, de hecho, exigió tomar una decisión en la que se «alcanzara un compromiso»: el señor J. Q. podría conservar la chabola, pero el pago del segundo plazo debía efectuarse nuevamente; el señor S. B. no podría recuperar la posesión de la chabola, pero recibiría el dinero del plazo que se entregó a su esposa.

Resulta interesante anotar que el presidente evitó considerar cualquier tipo de incidencia que pudiera haber tenido derecho penal en el conflicto que hubiera tenido lugar en el conflicto. El objeto del conflicto se mantuvo estrictamente dentro de los linderos del derecho de contratos, aún cuando el presidente sabía que el señor S. B. estaba utilizando al señor J. Q. como cabeza de turco por causa de su hermano. De hecho, la decisión conciliatoria, que en la superficie del discurso jurídico apareció como el resultado normativo de la exclusión de las soluciones extremas, se confeccionó a partir de la política del presidente de evitar cualquier consideración sobre el comportamiento criminal. El presidente pudo haber tenido un interés particular en convencer a las partes de que aceptaran la mediación como una solución equitativa dentro del proceso de mediación del conflicto porque con ello se podría dar solución al conflicto real sin tener que realizar una argumentación específica. El proceso de mediación se mantuvo separado del conflicto real para así permitir una resolución «económica» de ambos²⁵.

En el Caso 9 se presenta de nuevo el problema de los límites del objeto del conflicto, pero el *topos* de la equidad se emplea de una manera algo diferente.

Caso 9

La solicitante, la señora B. W., se acercó a la AR con su hermana y los tres hijos de esta última. La persona requerida, la señorita A. M., asistió con su hija mayor (que tenía aproximadamente cinco años). Todos ellos subieron a la habitación del segundo piso en donde su caso fue escuchado por el presidente.

Señora B. W.: El terreno es de propiedad de la señora O. L., quien me dio permiso para que construyera mi chabola allí. La construí por mis propios medios, la amueblé y viví allí por un tiempo. Mientras tanto me hice con otra chabola cercana y luego me trasladé allá. Fue cuando la señorita A. M. (la persona requerida) llegó con dos de sus hijos diciendo que no tenía lugar en donde vivir y que estaba

²⁵ Una noche, algún tiempo después de que se decidiera este caso, conseguí hablar con el señor S. B. Siempre llevaba un arma cargada, envuelta en un viejo periódico, y pretendía usarla, no para resistirse a su arresto, sino para matar al hermano del señor J. Q. (que había huido de Pasárgada y se había escondido en el interior del estado de Río; su mujer, a la que siempre había maltratado, dudaba en decirle o no al señor S. B. el paradero de su marido, pero al final nunca lo hizo). Hablamos del caso. Manifestó su acuerdo con la decisión, «porque, después de todo, el señor J. Q. no debía pagar por lo que había hecho su hermano». Solamente estaba molesto con el hecho de que no podía volver a vender la chabola, porque necesitaba el dinero desesperadamente. Ello muestra claramente la discrepancia entre el conflicto real y el sometido al proceso y cómo, de hecho, la solución del primero puede haber afectado a este último.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

164

durmiendo en la calle con ellos. Ella sabía que la primera chabola estaba desocupada y me pidió que la dejara vivir allí. Por caridad asentí e incluso le presté todos los muebles de la chabola. Nunca le exigí ningún arriendo. Ahora quiero recuperar la chabola porque mi hermana y sus hijos acaban de venir del interior y no tienen lugar en donde vivir. Pero la señora A. M. se niega a desalojar.

Presidente: Bien señorita A. M., ¿qué quiere decir al respecto?

Señorita A. M.: Sé que la chabola es de la señora B. W., pero también sé que no puedo abandonarla porque no tengo otro sitio en donde vivir. No tengo dinero para pagar un arriendo y además tengo tres hijos. Nadie me arrendaría un cuarto...

Señora B. W. (interrumpiendo): Ella puede pagar el arriendo. La verdad del problema es que ella es prostituta y vive atiborrada de *cachaça* (bebida alcohólica a base de caña de azúcar) y *maconha* (marihuana) todo el tiempo. Y la chabola siempre está repleta de *marginais* (criminales).

Señorita A. M.: Eso no es cierto. ¿Y con respecto a usted qué? Usted vivió durante once años con un señor que estaba loco y la pegaba todo el tiempo. Cometió todo tipo de delitos y finalmente lo detuvo la policía. Ahora se encuentra recluido en un manicomio. Pero usted dijo que lo recibirá cuando vuelva.

Señora B. W.: Eso es un disparate. Yo soy feliz con el hombre con el que vivo ahora. Trabajo en casa de un abogado y me dijo que tenía el derecho de recuperar la chabola.

Señorita A. M.: No me importa. Lo más importante de todo es que usted...

Presidente (interrumpiendo): ¡No! Toda esta discusión no viene al caso. Si la chabola no es de propiedad de la señora B. W., tampoco es suya, señorita A. M. Y, después de todo, la señora B. W. fue bastante generosa al dejar que usted se mudara a la chabola y que incluso utilizara todos sus muebles.

Señorita A. M. (en actitud conciliadora): No niego eso. Y de hecho ella fue bastante buena cuando la conocí por primera vez. Pero el problema es que no puedo conseguir lugar en donde vivir. De buena voluntad desalojaría la chabola si encontrara un cuarto. Pero incluso si lo encontrara, no podría pagar el alquiler.

Presidente: Mire, no pienso que sea imposible encontrar un cuarto con un alquiler muy pequeño. Después de todo, usted no ha intentado encontrarla y tiene que hacerlo. Su falta de cooperación no es justa. La hermana de la señora B. W. está aquí con sus hijos. Ellos tampoco tienen donde vivir. Apenas acaban de llegar de las tierras del nordeste. No tienen dinero. Entonces resulta razonable que la señora B. W. quiera ayudar a su hermana y sus hijos. De hecho, tiene más obligación de ayudar a su hermana que de ayudarla a usted.

Señorita A. M.: Lo sé, lo sé, ¿pero cómo voy a encontrar un cuarto?

Presidente: Mire, usted aún no lo ha intentado. Le daré treinta días para que busque un cuarto para vivir y desaloje la chabola. ¿Está de acuerdo señora B. W.?

Señora B. W.: Sí, estoy de acuerdo. No quisiera verla viviendo en la calle.

Presidente: ¿Está de acuerdo, señorita A. M.?

Señorita A. M.: Sí, estoy de acuerdo, pero no sé si logre encontrar un cuarto. Trataré.

Presidente: Hágalo. Ya verá como algo consigue.

Este caso se caracteriza por la presencia de un consenso normativo entre las partes con referencia a la aplicación de las leyes de propiedad. A la señora B. W. se le permitió construir sobre el terreno de propiedad de O. L., y así se convirtió en la dueña legítima de la chabola. Luego le reconoció a la señorita A. M. una tenencia precaria de la misma. Por ello, la señora B. W. tiene el derecho legal de recuperar nuevamente la posesión de la chabola. Ninguna de estas prerrogativas se discute por la señorita A. M. Esto explica porqué la discusión carece del tono jurídico que puede detectarse en los otros casos. El discurso es predominantemente moral. Las partes aceptan la existencia de un mismo principio normativo, la necesidad de tener una vivienda, pero lo utilizan para justificar reclamaciones opuestas. Las personas que acompañan a cada parte en la audiencia (la hermana con sus hijos a la señora B. W. y la hija a la señorita A. M.) se utilizan como argumentos no verbales, como refuerzos simbólicos de la reclamación de cada uno de los interesados.

Cada contendiente trata de describir los hechos de tal manera que su reclamación parezca moralmente más importante que la de su oponente. La señora B. W. enfatiza la rectitud moral de su conducta: lo *caritativa* que fue al prestarle la chabola a la señorita A. M. con *todos* los muebles y sin pedir *ningún* canon por el alquiler; únicamente circunstancias imponderables la han forzado a pedir que se le devuelva su chabola; no le gustaría «ver a la señorita A. M. viviendo en la calle», pero su hermana y sus tres hijos, quienes escaparon de la hambruna y desesperación del interior del país, no tienen un lugar donde vivir y necesitan ayuda. Por su parte, la señorita A. M. trata de demostrar que no se niega a desalojar por un motivo egoísta, sino únicamente porque su situación es desesperada: *no* tiene otro lugar en donde vivir; no puede pagar *ningún* alquiler, y debido a que tiene tres niños, *nadie* le alquilaría un cuarto. Así, empuja el argumento de la necesidad hacia sus últimas consecuencias, hasta tal punto que la señora B. W., temerosa del grado de persuasión que pueda conseguir, la interrumpe abruptamente para neutralizar dicho argumento. Y lo hace presentando una serie de hechos que se encuentran cargados de tanto oprobio moral que no sólo sirven para eliminar cualquier fundamento fáctico a la reclamación de la señorita A. M., sino también para poner en seria tela de juicio los motivos que la inspiran y su postura moral

I Para una nueva teoría crítica del derecho

166

en general. Si la señorita A. M. es prostituta, cuenta con dinero y puede pagar el arriendo. También es una degenerada, una caracterización que viene reforzada por su inclinación al alcoholismo, por el abuso de drogas y por sus contactos con criminales. En resumen, el argumento de la señora B. W. es que la reclamación de una persona despreciable es un reclamo despreciable.

La señorita A. M. responde intentando derribar a la señora B. W. de su pedestal moral. Aunque niega las acusaciones de la señora B. W., no insiste en el tema, probablemente porque sabe que los hechos son de conocimiento público y negarlos podría erosionar todavía más su credibilidad. De hecho, su pregunta retórica, «¿y respecto a usted qué?», es una confesión: «Si, yo soy despreciable, pero usted no lo es menos». La señorita A. M. intenta estigmatizar a la señora B. W. de un modo tan profundo como la han estigmatizado a ella: incluso si fuera cierto que la señorita A. M. tiene contactos con los criminales, la señora B. W. había vivido durante once años con un hombre que no sólo era criminal, sino también loco (doble estigmatización). Por lo tanto, la señora B. W. no puede ser la persona de temple moral que alega ser, ni su reclamo puede ser más valioso que el esgrimido por la señorita A. M. La señora B. W. trata de defenderse, pero percibe que no podrá ganar acudiendo a razones morales, por lo cual se desplaza rápidamente hacia un argumento jurídico. Así, invoca el derecho oficial y una conversación sostenida con un abogado del asfalto para intimidar tanto a la señorita A. M. como al presidente. Es en este punto cuando el presidente rompe su silencio y toma el control de la discusión. El diálogo emocional de la señora B. W. y la señorita A. M. le ha mostrado al presidente que la disputa sobre la chabola es sólo una parte de un conflicto que existe entre las dos. Por razones que más adelante serán analizadas, el presidente no desea extender el contexto de resolución del conflicto más allá de la cuestión de la chabola y, por lo tanto, organiza su estrategia argumentativa alrededor de este asunto. En el nivel de los argumentos morales, las reclamaciones de los contendientes parecen conducir a un empate: el principio de la necesidad de vivienda aplica de la misma manera para las dos partes. En el nivel de los argumentos jurídicos, la señora B. W. tiene una ventaja, ya que la señorita A. M. reconoció que la señora B. W. era la dueña de la chabola.

Es claro que el presidente decide el caso, para sí, basándose en justificaciones jurídicas. Pero no puede presentar su decisión en dichos términos, pues el hecho de que las partes hayan escogido un patrón de argumentación moral hace que dicha forma de exponer el caso parezca poco persuasiva. Por consiguiente, el presidente subvierte su razonamiento jurídico. Convierte la ventaja jurídica en un empate («Si la chabola no es de propiedad de la señora B. W., tampoco es suya, señorita A. M.»), y luego engendra una ventaja moral a favor de la señora B. W. Empieza recalcando la generosidad de esta señora por haberle permitido a la señorita A. M. trasladarse a su chabola, «y que incluso utilizara todos sus muebles». El propósito de esta retórica moral es hacer que la señorita A. M. abandone su posición inflexible induciéndola a sentirse agradecida y conciliadora frente a la señora B. W. El presidente logra aquí una victoria parcial, ya que aunque la señorita A. M. admite que la señora B. W. «fue bastante buena

cuando la conocí por primera vez», repite nuevamente el argumento de necesidad. Es aquí cuando el presidente invoca el *topos* de la equidad para excluir una alternativa de solución claramente inequitativa. Pero mientras en el Caso 8 el rasgo predominante del *topos* es el compromiso entre intereses contrapuestos, en este caso lo es el conflicto de deberes morales. El presidente arguye que, si bien la señora B. W. estaba cumpliendo con un deber moral al ayudar a los necesitados cuando le permitió a la señorita A. M. vivir en la chabola, la señora B. W. tiene un deber moral superior de ayudar a su propia familia. Sería injusto que dejara a su hermana con sus hijos en la calle para ayudar a la señorita A. M. Este argumento logra tener impacto en esta última, quien muestra un cambio de posición cuando convierte su aseveración previa en una pregunta retórica: «¿Pero cómo voy a encontrar un cuarto?». Inmediatamente el presidente socava el valor retórico de la pregunta al responderle que encontrará un cuarto si realmente lo intenta, y le da un mes para lograrlo. A pesar de que sabe que la señora B. W. estará de acuerdo al respecto, acude a su asentimiento para intensificar el vínculo de conciliación entre las partes, ya que la señorita A. M. todavía está algo reticente.

En la primera parte de la discusión el presidente guarda silencio. Desea conocer las particularidades del caso tanto como le sea posible. Las partes tuvieron libertad de expandir el objeto del conflicto y esgrimir cualquier circunstancia que consideraran relevante. También lograron airear sus resentimientos y liberar ciertas tensiones emocionales que podrían haber sido obstáculos para conseguir la conciliación. Pero no significa que las partes ejercieran un control absoluto sobre el objeto del conflicto. Por el contrario, el presidente interrumpió a la señorita A. M. cuando estaba a punto de decir algo que para ella era «muy importante». A estas alturas, el presidente consideró que ya tenía un conocimiento suficiente del caso y sintió que no debían presentarse más cuestiones. En su argumentación fue cuidadoso al centrarse en el asunto de la chabola, omitiendo los otros hechos que las partes habían sostenido. ¿Por qué procedió de esta forma? En primer lugar, porque sintió que la disputa sobre la chabola era secundaria, y que había sido ocasionada por otro conflicto real existente entre la señora B. W. y la señorita A. M. Probablemente se habían peleado por un hombre. El presidente no supo cuál era el conflicto real, pues las partes jamás lo revelaron, pero el talante emocional de la discusión entre las dos mujeres y su utilización de estigmas y contraestigmas no podía explicarse de otra forma. No obstante, el presidente no mostró interés alguno en acceder al conflicto real. El caso «olía mal». El presidente sabía que ambas partes eran prostitutas que tenían relaciones muy estrechas con policías y criminales habituales. En casos como estos, el papel de la AR debe reducirse al máximo. Además, el presidente no estaba seguro de que el lote de tierra sobre el cual se encontraba la chabola correspondiera a la jurisdicción territorial de la AR. Y su sentido común machista también le sugirió que los sentimientos de las prostitutas eran «altamente variables»: «Son enemigas hoy, pero mañana pueden ser amigas». El destino del acuerdo dependió menos de lo que ocurrió en la AR de lo que podría llegar a pasar afuera, en donde realmente se disputaba el conflicto

I Para una nueva teoría crítica del derecho

168

real. El presidente fue consciente de los límites de sus funciones en un caso como éste²⁶.

En el Caso 8 el *topos* de la equidad se utilizó para llegar a la mediación. En el Caso 9 no hubo mediación alguna: la señorita A. M. perdió la disputa, aunque se le permitió permanecer en la chabola por otro mes. En el Caso 10 veremos cómo el *topos* de la equidad puede emplearse para conseguir una mediación aparente, esto es, una decisión que si se presenta como si fuera una mediación, es en realidad una adjudicación.

Caso 10

La señora C. T., la solicitante, y la señora S. N., la persona requerida, fueron invitadas a acercarse a la Asociación para resolver el conflicto en que estaban involucradas. La señora S. N. es de edad bastante avanzada. Se trata de una persona enferma. Su hijo, el señor C. N., vino en su lugar. Las partes fueron conducidas a la habitación trasera y se escuchó el caso por el presidente.

Señora C. T.: Mi hermana vino del interior y no tenía lugar en donde vivir. Yo le conseguí el cuarto trasero de la chabola de la señora S. N. Pagué por él Cr\$100. Mi hermana vivió allí durante diecinueve meses. Se fue después, pero el hombre con quien convivía todavía vive allí. Ahora la señora S. N. quiere vender toda la chabola, pero no puede porque el cuarto trasero me pertenece y yo lo voy a vender por mi cuenta.

Señor C. N.: Eso no es cierto. Jamás hubo venta. Nunca se pagó Cr\$100. Mi madre aceptó a la hermana de la señora C. T. porque no tenía lugar en donde vivir.

Señora C. T.: Pero yo cuento con testigos de la venta del cuarto trasero.

Presidente: Veamos. señora C. T., ¿tiene un documento de la venta?

Señora C. T.: No, no tengo documento alguno porque ella no quiso entregarme recibo. Pero yo compré el cuarto y tengo testigos.

Presidente: Me temo que eso no es suficiente. La Asociación sólo reconoce las ventas en donde existen documentos escritos con el sello de la Asociación estampado en los mismos. Tener testigos no es suficiente. La Asociación es una institución jurídica.

Señora C. T.: Pero yo tengo testigos.

Presidente: No es suficiente, señora C. T. Necesitamos un do-

²⁶ Lo acertado de sus dudas se confirmó en una conversación que tuve, ese mismo día, con la defendida. Estaba totalmente borracha, pero todavía podía articular sus ideas bastante bien: «No me iré de la chabola. Acabo de hablar con un amigo mío que es sargento en la policía militar y me ha dicho que nadie puede obligarme a irme. Además, la Asociación de Residentes no tiene nada que ver con mi caso porque el suelo en el que está la chabola no pertenece a Pasárgada».

cumento. Pero discutamos el caso de acuerdo con la lógica. Yo no estoy diciendo que usted, señora C. T., no tenga la razón en su reclamación. No la conozco, ni a usted, ni a la señora S. N. Sólo quiero encontrar una solución justa. Supongamos que usted pagó los Cr\$100. Y supongamos, además, que la señora S. N. le devolvió el dinero. En ese caso usted tendría que pagar el arrendamiento por el lapso en el que su hermana ocupó la habitación. Supongamos que el canon mensual de arriendo vale Cr\$10. Así, diecinueve meses de arriendo equivaldrían a Cr\$190. Usted pagó solamente \$100. Esto significaría que todavía le debería a la señora S. N. Cr\$90. ¿No sería mejor si se olvida de los Cr\$100 que había pagado? En dicho caso la señora S. N. se olvidaría también de los Cr\$90 que usted le debe. De hecho, puede que usted pagara los Cr\$100, pero su hermana ocupó la habitación por diecinueve meses. Yo le sugeriría que se olvidara de todo el asunto.

Señora C. T.: No estoy de acuerdo. El cuarto es mío. Yo lo compré y lo voy a vender.

Presidente: Mire, en su caso yo sería más cauto. Su caso es un caso perdido. Si desea dar la pelea entonces debe consultar con un abogado. Si quiere, puedo darle la dirección de un centro de asistencia jurídica.

Señor C. N.: No me importa si ella va adonde un abogado. Nosotros también iremos.

Presidente: Ése es el problema. Usted puede ir a donde un abogado, pero su caso, señora C. T., es un caso perdido, pues usted no cuenta con el documento de compra. En mi opinión, usted le debe dar la llave del cuarto trasero al propietario de la casa.

Señora C. T.: Está bien, estoy de acuerdo.

Las normas jurídicas involucradas en este caso comprenden las normas materiales del derecho de propiedad y las reglas formales que requieren un documento escrito para certificar una compraventa. El conflicto básico es acerca del título jurídico sobre la chabola. El señor C. N. alega que su madre es la dueña de toda la chabola y que tiene el derecho de venderla, debido a que la hermana de la señora C. T. había venido ocupando el cuarto trasero junto con su pareja como poseedores en precario. La señora C. T., por su parte, alega que le compró el cuarto trasero a la señora S. N. Ambas partes utilizan el mismo argumento moral, el principio de la necesidad de la vivienda, para darle sustento a su pretensión jurídica. La hermana de la señora C. T. venía del interior y no tenía lugar en donde vivir ni dinero para sostenerse. Ya que a la señora C. T. no le era posible ubicarla en su propia casa, la única alternativa moral y razonablemente viable de ayudar a su hermana era consiguiéndole una habitación. De otra parte, el señor C. N. sostiene que su madre se conmovió tanto por el angustioso drama de la hermana de la señora C. T. que le permitió vivir en el cuarto trasero de la chabola por razones de caridad y por esas mismas razones no le aceptó dinero alguno en pago.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

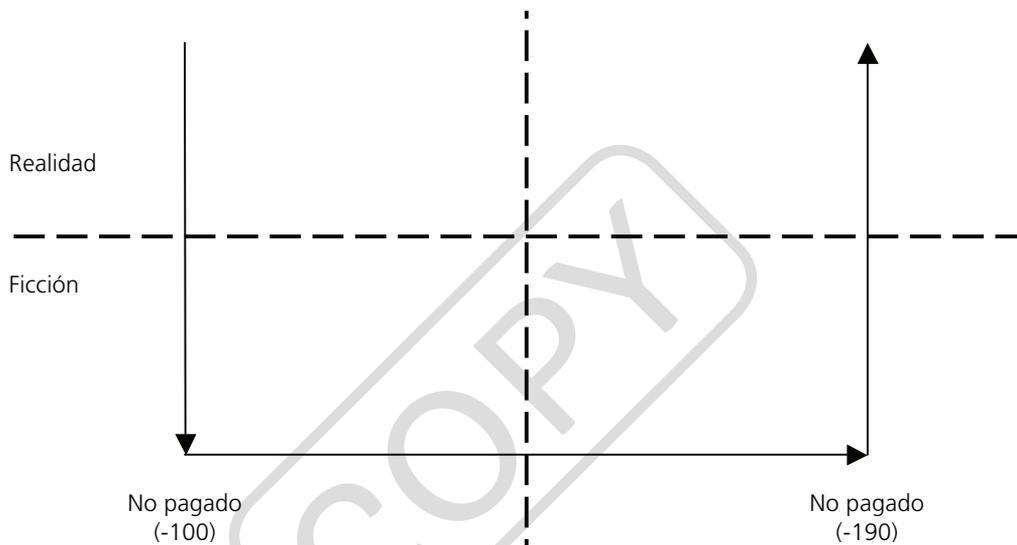
170

A su vez la señora C. T. trata de reforzar su posición mediante un argumento formal: ella cuenta con testigos listos a confirmar que la compraventa tuvo lugar. Es en este punto en donde el presidente decide intervenir. Responde el argumento de la señora C. T. haciendo la pregunta sobre el formalismo requerido. La señora C. T. afirmó que no contaba con el documento de compraventa debido a que la señora S. N. se negó a dárselo, pero recalcó que tenía testigos, implicando que éstos constituían una prueba tan sólida como el propio documento escrito. El presidente capta la insinuación y por ello manifiesta su desacuerdo de una manera tan firme y clara como le resulta posible. La AR es una institución jurídica y por ello debe mantener un patrón elevado de formalismo: los testigos no son suficientes, como tampoco lo es cualquier clase de documento, sino únicamente un documento con el sello de la Asociación. La estratagema retórica utilizada por el presidente para que este mandato formal resulte persuasivo consiste en elevar los estándares de formalismo a través del ascenso mismo del estatus jurídico de la AR. Pero la señora C. T. no parece convencida y así el propio presidente reconoce que el argumento formalista es en realidad retóricamente débil. Entonces pasa a argumentar acerca de las cuestiones sustantivas. Así, discutirá el caso «de acuerdo con la lógica», que es la lógica de la equidad. No obstante, antes de hacerlo, debe resolver dos problemas pendientes. Cuando el presidente defendió su postura con base en justificaciones jurídicas formales, le había indicado a la señora C. T. que el caso se decidiría en su contra; ahora debe alejarse de dicha conclusión o suspenderla retóricamente, ya que de otra manera su argumentación sobre lo equitativo carecería de credibilidad y poder persuasivo. En efecto, la señora C. T. ni siquiera estaría dispuesta a oírlo si supiera que el caso ya ha sido de antemano decidido en su contra. Debe hacer desaparecer la resistencia de la señora C. T. y generar una atmósfera de evaluación y de cooperación receptivas. El presidente siente que su argumento formalista pudo haber causado un daño tan grande que prácticamente insinúa, para compensar, que la señora C. T. podría ganar el caso después de todo: «Yo no estoy diciendo que usted, señora C. T., no tenga la razón en su reclamación».

El segundo problema que se encuentra pendiente de solución es que las necesidades argumentativas del discurso jurídico-formal adelantado por el presidente requerían de una retórica institucional que hiciera énfasis en la autoridad jurídica de la AR, pero esta postura resulta altamente contradictoria con una argumentación que pretenda basarse en la equidad y en la cooperación en vez de en la pura intimidación. Era esencial insistir en la autoridad moral del que se encuentra por encima de los intereses en conflicto, de quien se espera, por lo tanto, que pueda juzgar imparcialmente las conductas apropiadas e inapropiadas del caso: «No la conozco, ni a usted, ni a la señora S. N. Sólo quiero encontrar una solución justa».

Una vez que el presidente encara y resuelve estas preguntas pendientes, se embarca en un argumento ingenioso con el que pretende que la decisión en contra de una de las partes sea vista como un acuerdo entre las mismas. Para lograr este cometido empieza por cambiar el objeto del conflicto a través de transformaciones imaginarias de la realidad («Supongamos que...»). Así, convierte un conflicto

DIAGRAMA 1



acerca del traspaso de una propiedad (compraventa) en un conflicto sobre el precio de los cánones (alquiler). El diagrama 1 representa la estructura del argumento.

Mediante este argumento el presidente hace que la solicitante (la señora C. T.) se convierta en la persona requerida. La realidad es reconstruida de tal forma que su mejor posición jurídica resulta ser que le debe Cr\$90 a la señora S. N., e incluso eso es posible sólo porque el presidente está dispuesto a conceder, sin mayor evidencia, que la señora C. T. en realidad hizo un pago de Cr\$100. El razonamiento del presidente acude a una estratagema ingeniosa: en el curso de su argumentación se las arregla para separar el pago de los Cr\$100 de la transacción jurídica que le sirvió como causa. En efecto, el pago del precio total de una compra es transformado en el pago parcial de los cánones de un arrendamiento, y con base en ello concluye: «Usted pudo que pagara los Cr\$100, pero su hermana ocupó la habitación por diecinueve meses». Esta afirmación hubiera carecido de sentido si los 100 *cruzeiros* hubieran sido pagados como precio de la compraventa. Luego de esta maniobra desplegada por el presidente, el escenario se encuentra ya preparado para presentar el compromiso que propone: la señora C. T. se olvidará del pago que ya hizo y la señora S. N. se olvidará del pago del resto de los cánones de arrendamiento.

El propósito general de la estrategia del presidente es mostrarle a la señora C. T. que la suma de dinero que ella alega haber pagado es tan pequeña que razonablemente que no podía haberse considerado como el precio de venta del cuarto trasero: diecinueve meses de arriendo con alquiler pequeño casi serían el doble de dicha suma. Esta estrategia le permite proponer una decisión que considera justa sin que tenga que fallar sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados del caso.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

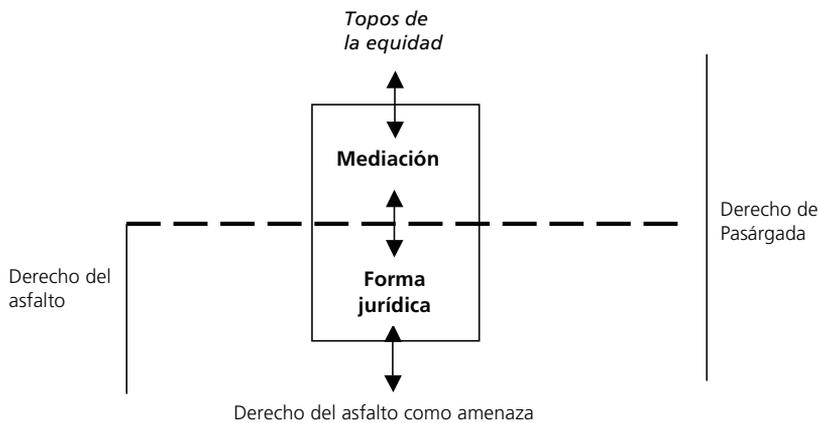
172

Probablemente su argumentación es demasiado artificiosa como para convencer a la señora C. T., por lo cual ella reafirma su punto de vista sobre el caso: «El cuarto es mío, yo lo compré». En ese momento el presidente se da cuenta de que no resulta posible obtener una cooperación espontánea, y por ello abandona el *topos* de la equidad para volver a un argumento de corte jurídico-formal. Busca intimidar a la señora C. T. advirtiéndole que si ella no acepta la decisión de la AR no tendrá opción distinta a contratar un abogado y debatir el caso en el derecho del asfalto. Pero la previene: «Mire, en su caso yo sería más cauto». Y aún cuando le ofrece remitirla a un centro de asistencia jurídica gratuita, es menos un ofrecimiento que una amenaza. El imaginario que tiene el común de la gente sobre el sistema jurídico oficial es inmediatamente reconstruido en el discurso implícito de los participantes: los costes económicos (incluso en el caso de acudir a instancias de asistencia jurídica gratuita), la demora y la ineficiencia en general. Más aun, el presidente vaticina la decisión a la que se llegaría en el derecho del asfalto: «Su caso es un caso perdido» (*Seu caso não dá pé*). El argumento jurídico formal, que el presidente acepta como una justificación débil dentro del derecho de Pasárgada, adquiere un nuevo vigor a través de la conexión directa que mantiene con el derecho oficial: ya que la señora C. T. no cuenta con un documento de compraventa, su pretensión va a ser rechazada por el derecho oficial.

Resulta interesante señalar que el documento escrito, como forma jurídica, es el pilar común que sirve de base tanto al derecho de Pasárgada como al derecho del asfalto. Por el contrario, el argumento de lo equitativo se restringe al ámbito del derecho de Pasárgada (véase el diagrama 2).

No se hace referencia al sistema jurídico oficial como un foro adonde el litigante pueda ir si desea apelar una decisión tomada de conformidad con el dere-

DIAGRAMA 2



cho de Pasárgada, sino como una amenaza que sirve de refuerzo a la decisión que la AR tomó según ese derecho. El predominio del derecho oficial sólo explica en parte la referencia recurrente a la forma jurídica del documento escrito del caso. En efecto, dicho predominio deja sin explicar la invocación de esta forma jurídica en la fase inicial del caso, cuando la discusión todavía estaba confinada dentro de los límites del derecho de Pasárgada. En la anterior sección sobre la prevención de los conflictos mostré las implicaciones que reviste la flexibilidad del derecho de Pasárgada en materia de formalismo. De hecho, en el Caso 6 se permitió que los testigos terminaran certificando la existencia de un contrato. De esta manera, el presente caso parecería contradecir mi predicción teórica según la cual, dado que el derecho de Pasárgada es flexible en formalismos, pero rígido en asuntos éticos, nadie llegaría a perder un caso por cuestiones técnicas. Quisiera sostener que este tipo de inconsistencias se encuentran en la superficie y desaparecen una vez que la estructura del razonamiento jurídico de este caso se analiza con profundidad. Una vez que las partes presentaron sus versiones, el presidente se dio cuenta de que resultaría bastante difícil saber que fue lo que realmente ocurrió. Se trataba de la palabra de una parte enfrentada con la de la otra: si la señora C. T. traía sus testigos, la señora S. N. haría llegar los suyos. Por lo tanto, el presidente buscó llegar a una solución que se basara en la información espontáneamente ofrecida por las partes. En primer lugar, parecía bastante sospechoso que la señora S. N. se hubiera negado a darle un recibo de pago. Ya que el precio total de la venta había sido pagado el mismo día de la transacción, no existía un motivo razonable por el cual la señora S. N. se rehusara a otorgar dicho recibo. Además, no parecía plausible que la señora C. T., quien parecía bastante celosa y coherente en la defensa de sus intereses, fuera a aceptar dicho rechazo sin hacer absolutamente nada al respecto. Entonces, acto seguido, el presidente puso en duda el hecho de que la señora S. N. hubiera vendido el cuarto trasero por los 100 *cruzeiros* que la señora C. T. alegaba haber pagado. En efecto, se trataba de un precio bastante bajo, considerando la ubicación de la chabola y el hecho de que su precio disminuiría como resultado de la venta de uno de sus cuartos. La señora S. N. sólo hubiera accedido a realizar dicha transacción por ignorancia o debido a un fraude, y ya que la evidencia sobre la existencia del negocio no era inequívoca, lo correcto era hacer prevalecer sus intereses. Por último, la señora C. T. no necesitaba realmente el cuarto, ni para ella misma, ni para su hermana. Quería venderlo y obtener un beneficio a expensas de la señora S. N. Por lo tanto, debía perder el caso.

Todo esto demuestra que el presidente falló en contra de la señora C. T. con base en consideraciones sustantivas, ayudándose con presunciones acerca de las conductas y los precios que resultaban razonables. La presentación de sus argumentos refleja, de manera invertida, el proceso a través del cual accedió a la decisión. En efecto, empleó tanto el formalismo jurídico de un documento escrito (retóricamente respaldado por detalles tales como el requerimiento de un sello oficial sobre el mismo) como el medio de persuasión para tomar una decisión que, en últimas, estaba basada en principios de equidad.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

174

3.2.2. *El topos del residente razonable*

Este *topos* es invocado cuando un residente reclama la preeminencia de sus intereses individuales en detrimento de los intereses de la comunidad (o del vecindario). Resulta mucho más difícil de aplicar en comparación con las normas que regulan los conflictos de intereses individuales (como ocurre en las controversias suscitadas entre arrendador y arrendatario) y, de hecho, su vigencia en Pasárgada es una cuestión incierta. En todos los casos recolectados sobre el *topos* del residente razonable, existen dos o más residentes que presentan su reclamo en contra de la misma persona. En algunos de ellos, la AR representa los intereses de la comunidad o del vecindario en una suerte de procedimiento administrativo.

Caso II

Cuando estaba reparando su casa, el señor K. S. prolongó uno de sus muros de tal forma que la calle, de por sí bastante angosta, quedó virtualmente obstruida. Algunos de los residentes elevaron su queja a la Asociación de Residentes. El presidente y uno de los directores inspeccionaron el lugar y concluyeron que la calle había sido prácticamente obstruida por la construcción. Fueron a ver al señor K. S. y le explicaron la situación. Se mostró bastante renuente a hacer algo al respecto, pero los funcionarios ejercieron una presión bastante fuerte para que cediera. El argumento era el siguiente: «Mire, si alguien fallece, el ataúd no podrá pasar por la calle. Ni siquiera pasa la carretilla de los barrenderos».

Ante la negativa del señor K. S. a cooperar, el presidente insistió: «Mire, considero que su posición no es razonable. De cualquier forma, usted sabe que la Asociación cuenta con facultades para demoler las construcciones ilícitas en Pasárgada. Aquí tengo la normatividad y se la puedo mostrar. Y la policía se encuentra siempre dispuesta a ayudar a que las decisiones de la Asociación se cumplan».

El presidente y el director se fueron sin que el señor K. S. se comprometiera a nada. Pero poco tiempo después de la discusión, el señor K. S. decidió demoler el muro por sí mismo y reconstruirlo conforme a sus dimensiones originales.

Los líderes de Pasárgada, incluyendo al presidente y los directores, concuerdan en afirmar que los habitantes de Pasárgada son individualistas. Como uno de los líderes lo expresó: «Pueden ver que alguien está haciendo algo perjudicial para la comunidad, pero si no se ven directamente afectados, no moverán ni un dedo». Sea o no cierto este hecho, de todos modos constituye una presunción para evaluar las conductas. Cuando algunos de los residentes se acercaron a la Asociación para quejarse acerca de la construcción del señor K. S., el presidente inmediatamente dedujo que debían estar siendo afectados de manera importante, pues de otra manera no hubieran ido. El estereotipo del individualismo egoísta

ayudó a que el presidente configurara sus expectativas sobre los hechos y cuestiones relativas al caso.

Al sospechar que la construcción ya estaba en proceso, cuando no terminada, el presidente anticipó que la actitud de la persona requerida iba a ser obstaculizadora, ya que los habitantes de Pasárgada se toman muy en serio la protección de su propiedad e intereses privados. De esta manera, le pidió a uno de los directores que lo acompañara para inspeccionar el lugar, pues le preocupaba la reacción que pudiera llegar a tener el señor K. S. y pensó que la presencia de dos funcionarios tendría mayor impacto y disuadiría cualquier brote de violencia. Una vez que estuvieron en el lugar, tanto el presidente como el director concluyeron rápidamente que estaban afrontando una violación flagrante de la norma de Pasárgada que prohíbe la realización de construcciones privadas que vayan en detrimento de los intereses colectivos. La calle se encontraba prácticamente bloqueada por la construcción, por lo cual se estaba impidiendo el acceso de los residentes colindantes a la calle principal. Las exigencias normativas de la situación eran tan evidentes que el presidente consideró que resultaba innecesaria una audiencia en la AR para recibir las versiones de los solicitantes y de la persona requerida. Así, la AR por sí misma asumió la tarea de representar los intereses del vecindario en contra de un residente recalcitrante.

El señor K. S. esgrimió su defensa en dos niveles discursivos diferentes: la calle siempre había sido angosta y él no había excedido las dimensiones originales de los linderos de la casa (discurso jurídico); por otra parte, había invertido su dinero en la construcción del muro y no contaba ni con tiempo ni dinero para demolerlo y construirlo nuevamente (discurso moral o discurso de la necesidad). Debido a que el señor K. S. no mostró respeto alguno por la norma de Pasárgada que había violado, el presidente pasó a emplear el *topos* del residente razonable. Al desconocer los intereses de sus vecinos, el señor K. S. se estaba comportando irrazonablemente, ya que, si todos los residentes asumieran su conducta, Pasárgada muy pronto se convertiría en un sitio donde sería imposible vivir. De este modo, se le pidió su colaboración al respecto, y bajo estas circunstancias el énfasis en dicha cooperación pasó a convertirse en un *topos* retórico al servicio (y en respaldo) del *topos* del residente razonable: un residente razonable no sólo se abstiene de transgredir los intereses colectivos, sino que coopera en su reparación cuando han sido violados. En el transcurso de su argumentación el presidente, a través de la expansión del objeto del conflicto, se las arregla para hacer más visible la irracionalidad de la conducta del señor K. S. En efecto, el conflicto de esta persona no sólo afectaba a los vecinos de su calle, sino a todos aquellos que murieran en Pasárgada y cuyo ataúd tuviera que pasar por esa la calle de camino al cementerio. Por consiguiente, el señor K. S. estaba violando los intereses de los vivos y los muertos, y ser irrespetuoso con los muertos es una ofensa moral particularmente repugnante en Pasárgada. Pero esta trasgresión también iba más allá de los límites de su vecindario de otra manera: iba en contra de los intereses de la comunidad en materia de higiene, ya que impedía que el barrendero de turno, contratado por la AR, recogiera la basura en su carretilla y la sacara por ese camino fuera de Pasárgada.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

176

Pero el señor K. S. había invertido suficientes recursos y esfuerzos en su pared como para no dejarse persuadir por el *topos* de la cooperación. Cuando eso se hizo patente, el presidente pasó a esgrimir el *topos* de la intimidación. El derecho de Pasárgada ha desarrollado una dialéctica característica entre estos dos *topoi*. La intimidación por parte del presidente se hizo razonable sólo después de que el residente manifestara una negativa irrazonable a cooperar (no obstante la misma no se reconociera explícitamente como tal). Una vez que este *topos* entró en escena, el discurso jurídico cambió de dirección. La conducta del señor K. S. había violado tanto una norma de Pasárgada atinente a los intereses de la comunidad como aquella perteneciente al derecho del asfalto que prohíbe las construcciones no autorizadas (y ordena su demolición) dentro de los asentamientos ilegales. Cuando el *topos* de la cooperación dominaba la argumentación jurídica, el presidente hizo un énfasis especial en la norma respectiva de Pasárgada. Pero cuando pasó a esgrimir el *topos* de la intimidación, invocó también el derecho del asfalto. Ya que este derecho se elabora por el Estado, su normatividad resulta más efectiva para evocar los poderes sancionatorios con los que cuenta el mismo, circunstancia que es manipulada por el *topos* de la intimidación para desatar lo que yo denominaría como una cooperación imperfecta, esto es, el acatamiento de una decisión por un residente que se niega a cooperar, pero quien, de todas formas, resulta disuadido *a través* de la intimidación.

Pero la normatividad del derecho del asfalto no es la que predomina del todo en esta segunda fase de la argumentación jurídica, en tanto el presidente hace explícito el poder de la Asociación para demoler las construcciones ilegales. Puesto que ese poder se concede por el derecho oficial, podría pensarse que es este derecho el que define qué tipo de construcciones son ilegales. Pero no ocurre así, como se puede evidenciar por las numerosas edificaciones de Pasárgada que no resultarían legales desde el punto de vista del derecho oficial (ya que su construcción jamás fue autorizada), pero que, con todo, la AR no tiene intención alguna de mandar demoler. La construcción del señor K. S. es ilegal, pero no por que vulnere el interés del Estado de detener o controlar la expansión de los asentamientos ilegales, sino por que quebranta el interés de la comunidad de tener libre paso por las calles de la localidad. De esta manera, como fue mencionado en la sección previa, la normatividad oficial se invoca selectivamente para proteger un interés reconocido de la comunidad. Las amenazas de las sanciones estatales y de la acción de la policía se ponen al servicio de las normas sustantivas del derecho de Pasárgada. Asimismo, este caso también ilustra cómo la amenaza de la intervención policial se anuncia de manera concomitante a la invocación de la normatividad oficial. Miremos ahora otro caso en que se usa el *topos* del residente razonable.

Caso 12

En este vecindario, como ocurre en los otros de Pasárgada, existe un sistema de suministro de agua compuesto por tuberías y bombas de agua instaladas por los propios residentes. El señor T. H., uno de los residentes que habita en este vecindario, construyó un

dispositivo para bombear agua hasta su propia casa. No obstante, lo instaló en la calle y sobre la tubería del sistema de acueducto. Algunos vecinos elevaron su queja ante la Asociación de Residentes, afirmando que dicha instalación terminaría arruinando la tubería y haría que las reparaciones se volvieran más difíciles y costosas. El presidente inspeccionó el lugar al día siguiente. Allí llegó a la conclusión de que la reclamación de los vecinos era razonable. La persona implicada no se encontraba en su casa en ese momento, por lo cual la Asociación decidió enviarle una «invitación». El afectado se acercó a la sede antes de la fecha prevista para la discusión conjunta y se le dio audiencia en la habitación trasera.

Presidente: Usted sabe porqué la Asociación de Residentes lo invitó a acercarse, ¿verdad?

Señor T. H.: Sí, lo sé, pero lo que no sé es qué tiene que ver la Asociación de Residentes con todo esto.

Presidente: Bien, permítame un momento, por favor [el presidente se dirigió al escritorio de la habitación anterior y trajo consigo una carpeta con copias de la normatividad estatal referida a la construcción en asentamientos ilegales]. Le voy a leer las normas que le confieren potestad a la Asociación de Residentes para ordenar la demolición de construcciones no autorizadas [leyó las disposiciones pertinentes].

Señor T. H.: Mi problema es que la bomba de agua es bastante costosa y no tengo otro lugar en donde instalarla. Además, en la forma en que la instalé no creo que le haga daño alguno al sistema de acueducto.

Presidente: Yo ya inspeccioné el lugar (*a obra*, «la obra») y la situación no me parece tan clara. Definiré una fecha para que usted y los vecinos vengan a la Asociación de Residentes a discutir el caso.

Luego de que el señor T. H. se retiró, el presidente me comentó: «Estoy seguro de que se verá obligado a desmontar la construcción. Los vecinos ejercerán demasiada presión». Este caso muestra varias cosas: las circunstancias bajo las cuales la persona requerida se acerca a la Asociación antes de la audiencia con el objeto de presentar su propia versión sobre el caso; la flexibilidad de los procedimientos de Pasárgada (el presidente primero inspeccionó el lugar y trató de conocer a la persona requerida en el lugar de los hechos, y sólo luego de esta gestión lo invitó a participar en la audiencia); y el alcance que tiene la argumentación jurídica incluso antes de que el conflicto llegue a su etapa final. En este caso, como en el anterior, la fase crucial del proceso es la inspección del lugar. Ya que los hechos del conflicto son constatables, el presidente se convierte en un testigo ocular. El conocimiento y la autoridad que adquiere en cumplimiento de dicho papel constituyen una fuente de las fases subsiguientes del procedimiento. Es más, en ocasiones los asuntos y las normas aplicables al caso parecen ser tan claras

I Para una nueva teoría crítica del derecho

178

en esta fase del trámite que el presidente no sólo adquiere un conocimiento previo del caso, sino que, de hecho, en una suerte de cortocircuito, llega a una decisión sobre el mismo. No obstante, las exigencias de la argumentación jurídica pueden conducir a que el presidente suspenda momentáneamente su decisión para así generar un espacio retórico en el que el discurso jurídico pueda llegar a articularse de manera persuasiva. Es por ello que el presidente le dice ambiguamente a la persona requerida: «Yo ya inspeccioné el lugar y la situación no me parece tan clara», a pesar de estar convencido de que la reclamación de los vecinos es razonable y de que el señor T. H., por su falta de cooperación, ha mostrado ser un residente no razonable. La ambigüedad es suscitada por la tensión presente en los elementos contradictorios de la afirmación proferida por el presidente. La primera parte, «Yo ya inspeccioné el lugar (la obra)», le da a entender al señor T. H. que el presidente cuenta con un conocimiento preciso y de primera mano sobre el caso. Los signos lingüísticos de esta frase generan y reflejan un espacio de certeza y precisión en cada uno de los elementos semánticos: el agente («yo»), la dimensión temporal («ya»), la actividad («inspeccioné») y el objeto («la obra»). Por el contrario en la segunda frase el presidente confiesa que lo asaltan ciertas dudas y, por lo tanto, adopta la voz pasiva, utiliza un referente vago («la situación»), y lo describe solamente a través de una falta de calificación concreta («no me resulta tan clara»).

Los sistemas de acueducto son una fuente común de conflictos entre los vecinos de Pasárgada. Suponen una inversión inicial de dinero, y requieren administración diaria y un mantenimiento constante, lo cual puede exigir poseer habilidades técnicas con las que no siempre se cuenta. La situación se hace incluso más complicada en los vecindarios de la cima de la colina, en donde la falta de colaboración de uno de los residentes puede poner en serios aprietos a los otros, debido a la mayor dificultad de bombear el agua hacia las casas y en su interior. Los vecinos del señor T. H. se encontraban alarmados por los potenciales efectos adversos de la obra que el señor T. H. estaba realizando en el sistema de acueducto. Al adquirir una bomba de agua, el señor T. H. se estaba independizando del sistema de agua. Además, su falta de preocupación por el bienestar de sus vecinos había quedado evidenciada al no construir una plataforma de cemento reforzado que pudiera proteger al sistema de un eventual daño. Debido a que la reclamación de los vecinos se expresó en términos fuertes, el presidente inspeccionó el lugar al día siguiente. Cuando el señor T. H. lo supo, le preocupó la seguridad de su inversión en el suministro de agua, por lo cual decidió acercarse a la Asociación para impedir que se siguieran más etapas del procedimiento sin su participación. De este modo, su intervención se inició presentando un desafío jurídico a la jurisdicción de la AR. Pero al enarbolar esta objeción procedimental, el señor T. H. se volvió doblemente irrazonable a los ojos del presidente: en el nivel sustantivo (al realizar una obra sobre el sistema de acueducto) y en el nivel procedimental (al rehusarse a reconocer la jurisdicción de la AR en casos de construcción).

Por lo tanto, el primer paso que dio el presidente fue confirmar su jurisdicción, lo cual solamente podía efectuarse mediante el *topos* de la intimidación. El uso de este *topos* en el presente caso es bastante complejo, por lo cual se requiere

un análisis más detallado. En general, su empleo se podría caracterizar a través de estos rasgos: legalidad estricta, precisión e impersonalidad. Cuando el presidente abandonó la habitación trasera para obtener los documentos, dejó la acción en suspenso, congelando al señor T. H. en medio de su argumento, dejándolo en la incertidumbre de si su flecha daría en el blanco o si rebotaría en él y terminaría hiriéndole a él mismo. Al abandonar la habitación para ir a por la carpeta, el presidente no sólo le mostró al señor T. H. que contaba con el poder de controlar el tiempo e imponer un espacio de silencio, sino que también tenía acceso a documentos a los cuales el señor T. H. no podía acceder. De esta manera, el presidente generó una distancia entre él y el señor T. H. Esta creación ritualista de la distancia se prolongó cuando regresó el presidente. La carpeta y las copias de la normatividad se emplearon como un cliché no verbal o como un fetiche jurídico, cuya aparición poco frecuente en la parafernalia de la vida cotidiana sirvió para enviar un mensaje nítido de impersonalidad. El acto en el que se abre la carpeta de manera silenciosa es equiparable a aquel en donde se descubre un tesoro secreto. Luego el presidente anuncia que leerá las normas pertinentes, en una forma que se asemeja bastante al sonido de las trompetas de los heraldos al servicio del rey, quienes así notificaban a los burgos que se iba a proclamar un nuevo decreto real. Y en lugar de explicar la normatividad con sus propias palabras, el presidente prefiere leer al pie de la letra el texto oficial, que es otra estratagema retórica orientada a intensificar la impersonalidad de la argumentación jurídica. El Estado hablaba través de la boca del presidente. Y la lectura, como un ritual, estaba evocando el mito del Estado todopoderoso. Como en un oráculo, resultaba irrelevante si el señor T. H. realmente comprendía el significado de la ley, puesto que la fórmula oficial era una invocación mágica contra el señor T. H. por un Estado impersonal.

Por su parte, el señor T. H. ni aceptó ni rechazó el argumento. De hecho, no se trataba de «o haces esto o...», sino de impresionarle lo suficiente. Esta falta de reacción fue interpretada por el presidente como un indicador de que el *topos* de la intimidación había funcionado. Y podría estar en lo cierto, si se tiene en cuenta el hecho de que el señor T. H. no interrumpió el discurso jurídico y, en su lugar, adoptó una línea de argumentación diferente que presuponía el reconocimiento de que la AR tenía jurisdicción sobre su caso: la línea del argumento moral y del amparo por motivos de necesidad. El presidente concluyó que el *topos* del residente razonable y el *topos* de la cooperación podrían funcionar ahora conjuntamente, por lo cual decidió generar el espacio de maniobrabilidad argumentativa que ya mencioné con anterioridad. Pero aún a esta altura del trámite no se encontraba convencido de que el *topos* de la cooperación sería persuasivo por sí mismo, y estaba depositando su confianza en el respaldo derivado de las sanciones informales que podrían llegar a imponer los vecinos, quienes habían manifestado una profunda preocupación al poner el caso en conocimiento de la AR. Debido a la frágil autoridad de la propia AR, y a su reticencia a acudir a la ayuda de la policía, dicho despliegue de ejercicio paralelo de control del cumplimiento obligatorio de las normas jurídicas es una práctica aceptada en Pasárgada.

Desde el punto de vista del derecho del asfalto, todos los títulos jurídicos

I Para una nueva teoría crítica del derecho

180

de las casas y las chabolas de Pasárgada son precarios: la propiedad sobre los inmuebles es ilegal; las construcciones no satisfacen los requerimientos de la normatividad urbana; los títulos no han sido oficialmente registrados; y varias de las edificaciones vulneran normas oficiales específicas en materia de construcción en asentamientos ilegales. Pero estas fuentes de precariedad jurídica son irrelevantes para el estatus de los títulos en el derecho de Pasárgada. Con todo, se presentan situaciones en donde las normas dejan de reconocer un título jurídico determinado porque el interés colectivo se encuentra en juego. En estos casos, incluso las reclamaciones de los vecinos pueden resultar innecesarias; la AR asume de oficio la tarea de representar el interés colectivo respectivo y procede como si fuera una entidad administrativa. La diferencia entre los procedimientos para la resolución de los conflictos y los administrativos en Pasárgada es bastante difícil de describir, ya que en ambos casos la AR respalda los intereses del vecindario y despliega la misma relación dialéctica que combina el *topos* de la cooperación con aquel de la intimidación.

El Caso 13 es un ejemplo de cómo un interés colectivo se impone frente a una pretensión a título individual.

Caso 13

Yo, el señor Z. A. [identificación plena] declaro: que el área donde vivo, que se encuentra ocupada por tuberías, se le conferirá a la Asociación de Residentes, libre de gastos y de forma espontánea, cuando esta la requiera. Los miembros directivos de la Asociación de Residentes declaran: que la chabola que se encuentra ubicada en la dirección [ubicación] no puede ser puesta en venta sin un recibo de la Asociación de Residentes. Si la chabola llegara a venderse sin cumplir con el requerimiento del recibo, el comprador perderá todos los derechos que tenga sobre la chabola o el área respectiva. El señor Z. A. manifiesta su acuerdo con esta declaración y como muestra de ello la firma.

Fecha:

Firma:

El señor Z. A. construyó una chabola en un área que la AR había reservado para almacenar tuberías antes de que éstas se utilizaran en beneficio de la comunidad. El señor Z. A. no estropeó las tuberías, sino que simplemente las movió de tal forma que quedara un pequeño espacio en donde pudiera construir su vivienda. La AR consideró que esta acción constituía una vulneración de sus derechos, pero ya que las tuberías no se había dañado, concluyó que la necesidad de vivienda debía prevalecer, por lo cual se le permitió a Z. A. que se quedara en el lugar. No obstante, este principio podría llegar a colisionar con el interés de la colectividad en casos futuros (por ejemplo, si se necesitara almacenar más tuberías), y la AR, por consiguiente, deseaba prevenir cualquier conflicto eventual. La solución a la que se llega, en lugar de ponderar de los intereses de la comunidad con los intereses del señor Z. A., se encuentra basada en la ilegalidad de la ocupación inicial

DIAGRAMA 3

LA RELACIÓN ENTRE LAS ESTRUCTURAS NORMATIVAS DEL DERECHO DE PASÁRGADA Y EL DERECHO DEL ASFALTO

A. LAS DOS NORMATIVIDADES ESTUDIADAS INDIVIDUALMENTE

Derecho del asfalto		Derecho de Pasárgada	
Con título jurídico sobre el inmueble	Sin título jurídico sobre el inmueble	Con título jurídico sobre el inmueble	Sin título jurídico sobre el inmueble

B. LAS DOS NORMATIVIDADES VISTAS DENTRO DE UNA RELACIÓN DE PLURALISMO JURÍDICO (LA NORMA FUNDAMENTAL INVERTIDA)

Derecho del asfalto			
Con título jurídico sobre el inmueble	Sin título jurídico sobre el inmueble		
	Derecho de Pasárgada		
	Con título jurídico sobre el inmueble	Sin título jurídico sobre el inmueble	

de Z. A. Así, declarando precario el estatus jurídico del título que el señor Z. A. ostenta sobre la chabola, éste se verá obligado a desalojar la chabola cuando se le solicite, y no podrá venderla sin el permiso de la AR.

Estas restricciones revelan algunos aspectos interesantes sobre las formas de actuación del derecho de Pasárgada. En general, la AR reconoce que las personas pueden transferir su propiedad sin tener que consultarles. Pero debido a que el señor Z. A. ha construido ilícitamente sobre un área destinada a cumplir propósitos comunitarios, su estatus es considerado como ilegal para el derecho de Pasárgada. El derecho del señor Z. A. depende de su necesidad de vivienda; por ello, si decide vender la chabola es por que ya no existe tal necesidad y la AR puede entonces disponer de ella. La Asociación a su vez puede decidir que necesita dicho terreno, en cuyo caso la chabola tendrá que ser demolida. O puede autorizar su venta si no necesita disponer de ella inmediatamente, pero en este caso la precariedad del título jurídico se transferirá al siguiente ocupante. Es por ello que la AR no sólo prohíbe que se realice la venta sin su consentimiento, sino que también declara que cualquier contrato será nulo sin él, de manera que ni siquiera un comprador de buena fe adquirirá derecho alguno. Como se ve, el derecho de Pasárgada maneja los asentamientos ilegales al interior de las favelas de un modo bastante parecido a como el derecho oficial se ocupa de la propia Pasárgada. Esta similitud tiene lugar mediante la inversión de la norma fundamental en materia de derechos sobre bienes inmuebles, que ya discutí antes. Una vez que se produce

I Para una nueva teoría crítica del derecho

182

esta inversión, es posible aplicar las mismas categorías y soluciones judiciales dentro y fuera de la favela. Este contraste entre el derecho de Pasárgada y el derecho estatal del Estado se representa en el Diagrama 3.

Debido a que la inversión de la norma fundamental es la que permite que el derecho de Pasárgada y el derecho del asfalto provean soluciones normativas similares a problemas semejantes, un habitante razonable de Pasárgada aceptaría tanto la inversión como sus consecuencias, y es por esto que el derecho de Pasárgada «es como el derecho del asfalto». En el transcurso de una charla con algunos residentes el presidente dijo: «Si los residentes arriendan sus chabolas y el arrendatario incumple en el pago del alquiler, entonces los arrendadores tendrán el derecho a retomar la posesión de la chabola. El arrendatario deberá desalojar voluntariamente o se le obligará a hacerlo. Es como en el derecho del asfalto». He venido sosteniendo que la similitud no alcanza a darse en los detalles técnicos, sino que permanece en el nivel del contorno normativo general. Puede ser que incluso en este nivel el derecho de Pasárgada goce de una cierta autonomía normativa. Por ejemplo, mostré cómo la norma fundamental que rige las relaciones entre el arrendador y el arrendatario resulta modificada por la aplicación del principio de la necesidad de la vivienda. En su relación con los otros residentes, se espera que el residente razonable haga caso omiso de cualquier precepto que el derecho del asfalto o sus funcionarios mantengan sobre el estatus jurídico de dichas relaciones, por cuanto éstas tienen lugar en asentamientos ilegales, y que en su lugar los residentes acepten las soluciones normativas ofrecidas por el derecho de Pasárgada, las cuales guardan una similitud estructural con las soluciones propuestas por el derecho del asfalto para los casos del asfalto, es decir, para los que ocurren fuera de la favela. Si un residente trata de sacar provecho del derecho oficial y, en consecuencia, intenta vivir en Pasárgada de acuerdo con los juicios normativos que el derecho del asfalto realiza acerca de los asentamientos ilegales y las relaciones sociales allí presentes, dicha persona será considerada como un residente no razonable, e incluso degenerado, debido a que antepone su interés frente al interés de la comunidad bajo el pretexto de hacer coincidir su propio interés con aquel del Estado. Su degeneración consiste en haberse olvidado que es la comunidad la que permite que exista la posibilidad de un entorno de vida social pacífico frente a un Estado que la tacha de ilegal.

IV. Conclusión

1. La estructura del pluralismo jurídico

El derecho de Pasárgada es un ejemplo de un sistema informal no oficial, desarrollado por clases urbanas oprimidas que viven en guetos y en asentamientos ilegales, para conseguir que la comunidad subsista y que cuente con una mínima estabilidad social dentro de una sociedad capitalista basada en la especulación del suelo y la vivienda. He argumentado que esta situación de pluralismo jurídico se estructura mediante un intercambio desigual, en donde el derecho de Pasárgada es la parte subordinada. De esta manera, nos encontramos ante la presencia de un pluralismo jurídico de clases, una de las muchas formas que toma la lucha

de clases en el Brasil. En este caso el conflicto de clases se caracteriza por una evitación y adaptación mutua (dentro de una confrontación latente). El derecho de Pasárgada no pretende regular la vida social exterior a Pasárgada, ni tampoco cuestiona los criterios de legalidad que prevalecen en la sociedad brasileña en general. Ambos sistemas jurídicos se encuentran basados en el respeto al principio de la propiedad privada. La informalidad y flexibilidad del derecho de Pasárgada se obtienen a través de una dinámica en donde éste derecho toma prestadas de forma selectiva ciertas figuras jurídicas pertenecientes al sistema jurídico oficial. De este modo, aún cuando estos sistemas jurídicos ocupan posiciones divergentes en el plano del formalismo, se puede afirmar que ambos comparten la misma ideología jurídica básica. Hablando de una manera no muy estricta, se puede pensar que Pasárgada es una sociedad microcapitalista cuyo sistema jurídico en buena medida es ideológicamente congruente con el sistema jurídico estatal. Aun si Pasárgada no abriga un antagonismo de clases en su seno, lo cierto es que la existencia de una estratificación social es innegable (hay buenos y malos vecindarios), como se expuso previamente. La AR ha estado bajo el control de los estratos medio y alto, quienes gozan de mayor familiaridad con la sociedad brasileña y están más dispuestos a integrarse a la misma. Con todo, la AR defiende los intereses de los estratos más bajos de Pasárgada, pero lo hace de un modo paternalista.

La estrategia estatal de la evitación y la adaptación mutua se puede constatar en la relativa pasividad que el Estado muestra en relación con Pasárgada. A pesar de su política represiva para lograr el control de la comunidad, el Estado ha venido tolerando un asentamiento que él mismo ha calificado como de ilegal y, al mantener esta tolerancia, ha permitido que el asentamiento adquiera un estatus que podríamos denominar como paralegal o extrajurídico. Esta situación puede tener explicación si se tiene en cuenta el hecho de que Pasárgada y su derecho, tal y como existen hoy día, son probablemente funcionales en relación con los intereses de la estructura de poder de la sociedad brasileña. Al dirimir los conflictos secundarios entre las clases oprimidas, el derecho de Pasárgada no sólo descarga la responsabilidad de los tribunales oficiales y de las entidades de asistencia jurídica gratuita de conocer los casos de las favelas, sino que también refuerza la socialización de los habitantes de Pasárgada en el marco de una ideología que legitima y consolida la dominación de clases. Al ofrecerle a las personas de Pasárgada un medio pacífico para prevenir y resolver sus conflictos, el derecho de Pasárgada se constituye en una instancia que neutraliza la aparición de eventuales brotes de violencia, que realiza la posibilidad de convivir de manera ordenada y que, por lo tanto, inyecta un respeto para con el derecho y el orden que se mantiene cuando los mismos residentes de Pasárgada van a la ciudad e interactúan con la sociedad oficial más grande. Así, el Estado coopta a la AR tanto con el garrote como con la zanahoria: de un lado, empieza por concederle a la AR una posición privilegiada como representante de las favelas en las relaciones que éstas sostienen con las entidades estatales; del otro, despliega diversos tipos de amenazas represivas en contra de cualquier intento de la AR por consolidar su autonomía. Finalmente, la preservación del derecho y el orden dentro de las favelas facilita la acumulación

I Para una nueva teoría crítica del derecho

184

de votos y, por lo tanto, la reproducción de las relaciones patrón-cliente que desde siempre ha caracterizado al dominio de la clase burguesa en el Brasil.

No obstante, es fácil extraer una conclusión del estudio del derecho de Pasárgada que sobreestime el grado de integración y de adaptación que han alcanzado los dos sistemas jurídicos. El riesgo de llegar a esta conclusión errónea es típico de los análisis que contemplan este fenómeno de manera aislada, sin tener en cuenta las condiciones sociales que lo producen y reproducen. La integración y la adaptación constituyen estrategias perseguidas por las clases antagónicas dentro de una sociedad capitalista en un momento dado. Pero este escenario de pluralismo jurídico sigue siendo un reflejo del conflicto de clases y, por lo tanto, de una estructura de dominación y de intercambio desigual. Que el Estado hasta el momento haya tolerado a Pasárgada no es garantía de que no vaya a intervenir en el futuro. Hay muchos ejemplos de favelas grandes en las partes céntricas de Río que han sido totalmente destruidas con un preaviso de sólo unas cuantas horas. Esta cruda realidad jamás se pasa por alto entre los habitantes de Pasárgada y de cualquier otro *favelado* (habitante de las favelas), y sirve de explicación a la inestabilidad básica que caracteriza estos asentamientos ilegales.

La legalidad no oficial es uno de los pocos instrumentos que pueden utilizarse por las clases urbanas oprimidas para tener vida en comunidad, robustecer la estabilidad del asentamiento y maximizar así la posibilidad de que se pueda ofrecer un cierto tipo de resistencia frente a la intervención de las clases dominantes, y con ello incrementar el coste político que representaría actuar contra las favelas. La valoración política de la legalidad no oficial depende de la clase en cuyo nombre opera, al igual que de las metas sociales a las que se dirige. En una sociedad capitalista, cualquier intento por ofrecer una alternativa normativa al sistema jurídico existente de propiedad inmueble en materia de asentamientos ilegales debe ser una tarea progresista. Lo que en la superficie pareciera poder calificarse como conformismo ideológico, no es nada distinto a una ponderación realista de la constelación de las fuerzas y las necesidades concretas propias de la lucha de clases en las zonas urbanas de la sociedad brasileña contemporánea.

El hecho de que esta legalidad no oficial, bajo las condiciones arriba descritas, pueda ser considerada como una estrategia de lucha de clases puede constatar-se al analizar los modos en los que el derecho de Pasárgada «se desvía» del sistema jurídico oficial. Aun cuando los dos sistemas comparten la misma ideología jurídica básica, ambos ponen esta ideología al servicio de diferentes propósitos. En el nivel sustantivo, ya me referí a lo que denomino como *la inversión de la norma fundamental* en el régimen de propiedad inmueble, mediante la cual el derecho de Pasárgada determina la licitud del título jurídico de un inmueble utilizando exactamente la misma norma con la que el sistema jurídico oficial hace que ese título sea considerado como ilegal. Esta situación evoca el análisis histórico de Renner (1976) sobre el derecho de propiedad, el cual, si bien mantuvo intacto su contenido verbal, sufrió una transformación en cuanto a su función social, dejando de ser una garantía de la autonomía personal en las sociedades europeas precapitalistas, para constituirse en la instancia legitimadora de la explotación y la dominación de

clases en las sociedades capitalistas. Lo que Renner analizó de manera diacrónica es lo que yo he constatado de modo sincrónico en una situación de pluralismo jurídico de clases. No obstante, con el objeto de afinar más este paralelo, sería necesario estudiar con mayor profundidad las relaciones sociales dominantes que se dan en Pasárgada. En efecto, Pasárgada se encuentra completamente integrada en la sociedad brasileña. La mayoría de su población laboral activa trabaja fuera del área de Pasárgada. Además cuenta con un sector comercial floreciente y algunas industrias²⁷. Estas últimas (primordialmente fabricas de zapatos, panaderías o puntos de venta de helados) son empresas familiares pequeñas que se insertan en el mercado (el cual en ocasiones se extiende más allá de los límites de Pasárgada). Uno de los rasgos sobresalientes de esta sociedad microcapitalista es su tendencia a la estratificación persistente e incluso creciente.

Al proporcionar viviendas a las clases trabajadoras pobres, Pasárgada contribuye a la reproducción del poder en el ámbito laboral, y es aquí en donde el derecho de Pasárgada tiene un papel destacado. Mientras su estatus jurídico oficial (externo) como asentamiento *ilegal* es un reflejo de las relaciones sociales capitalistas que allí tienen lugar, su estatus jurídico interno como *asentamiento* es un intento por aliviar las condiciones de vida de las clases populares y por obtener cierta libertad para organizar una acción colectiva autónoma, lo cual constituye un objetivo progresista en un escenario en donde la existencia de un alto desempleo y de una gigantesco ejército de mano de obra exime al capital de la tarea de asegurarse la reproducción de la mano de obra. Aunque el derecho de Pasárgada refleja la ideología jurídica capitalista básica, en realidad opera facilitando que las clases populares configuren un marco social de acción autónoma en contra de las condiciones de reproducción impuestas por el capitalismo. Así, esta situación es la inversa de la que analizaba por Renner, en donde el contenido emancipador de la ideología jurídica servía como un disfraz del funcionamiento opresivo del sistema jurídico estatal.

Pero la inversión de la norma fundamental en materia de propiedad no es la única «desviación» que se puede predicar del derecho de Pasárgada en relación con el sistema jurídico estatal. Otro ejemplo lo constituye lo que he denominado *el préstamo selectivo de figuras propias del formalismo jurídico*, mediante el cual se desarrolla un sistema formalista de raigambre popular o comunitario. A pesar de que la informalidad es una función en general de la ausencia de profesionalización, de la precaria diferenciación de roles y de un nivel prematuro de especialización, el funcionamiento específico de esas normas informales, es decir, de la manera en que son creadas, consolidadas, rechazadas, transformadas, adulteradas, ignoradas u olvidadas, es una función de ciertos objetivos sociales, de postulados culturales generales y de determinadas ideas de justicia y legalidad. En el derecho de Pasárgada, la principal función del formalismo es garantizar la estabilidad y la certeza de las relaciones jurídicas, sin que se vulnere el interés predominante por generar una

Cf. Santos, 1974: 74 ss.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

186

forma de justicia a la que se tenga fácil acceso y que resulte poco costosa, rápida, comprensible y razonable; en resumen, una justicia que contradiga el espectro de la justicia oficial. Finalmente, es importante recordar que la estructura de desviación del derecho de Pasárgada no es rígida. Dentro de ciertos límites, es objeto de manipulación. Entre otros, los Casos 11, 12 y 13 muestran cómo el sistema jurídico oficial es excluido o incorporado al derecho de Pasárgada mediante una argumentación retórica que es conforme con las estrategias para la solución de conflictos concretos. Tanto la estrategia retórica como la estructura social explican conjuntamente la dinámica de éste complejo proceso social.

2. La visión desde el interior

Una comprensión profunda del derecho de Pasárgada requiere un análisis, no solo de sus relaciones jurídicas plurales con el sistema jurídico oficial, sino también de su estructura interna, de la visión desde el interior. De hecho, el objetivo principal del presente estudio ha sido capturar el derecho de Pasárgada en acción, y tanto el método de investigación (la observación participante) como la perspectiva analítica (la retórica y el razonamiento jurídicos) han demostrado ser adecuados para dicho propósito.

Aunque el derecho de Pasárgada refleja la estratificación social de la comunidad y, en este sentido, no trasciende la tradición liberal del capitalismo, me parece que como *aparato jurídico en funcionamiento* cuenta con ciertas características que, en circunstancias sociales diferentes, serían una alternativa deseable frente al sistema jurídico estatal profesionalizado, costoso, inasequible, lento, esotérico y excluyente propio de las sociedades capitalistas.

De ninguna manera quisiera parecer como alguien que pretende idealizar la vida en comunidad dentro de las sociedades capitalistas, en general, y mucho menos dentro de la vida de Pasárgada, en particular. Este tipo de romanticismo ha sido un elemento recurrente en la ideología comunitaria, y ha tenido lugar en diferentes ámbitos de la vida social, como en el tratamiento psiquiátrico, el control policivo, el control a las conductas desviadas, la medicina, la asistencia jurídica y la educación, entre otros²⁸. Pasárgada no es comunidad idílica. Al igual que la mayoría de los asentamientos ilegales en todo el mundo, es el resultado del proceso de urbanización incontrolado que surge de la expropiación a los campesinos y de la industrialización salvaje. Debido a que se trata de una comunidad residencial abierta que está integrada en buena medida en la sociedad del asfalto, no resulta sorprendente que reproduzca los patrones básicos de la ideología imperante, ni tampoco las estructuras sociales, económicas y políticas dominantes. Su autonomía relativa (como se puede ver en su derecho) se deriva tanto de su específica composición de clases como de su respuesta colectiva frente a las condiciones brutales de vivienda impuestas por la dinámica del desarrollo capitalista y que

Los resultados ambivalentes de las iniciativas de «devolver a la comunidad» se han analizado y expuesto anteriormente. Uno de los primeros análisis críticos es el de Scull, 1977.

se traduce en políticas estatales tales como la ilegalidad del dominio sobre bienes inmuebles, el control social de la comunidad mediante la policía y entidades de trabajo social, así como la falta de suministro de servicios públicos básicos.

Las características del derecho de Pasárgada que identifiqué a continuación jamás podrán verse totalmente desarrolladas en las favelas, ni tampoco protegen lo suficiente frente a la injusticia, la manipulación o incluso el abuso en Pasárgada. Mi única pretensión es, simplemente, que algunas de estas características deberían ser constitutivas dentro de una práctica jurídica emancipatoria en una sociedad socialista, radicalmente democrática. Esta pretensión, sin embargo, es central en el argumento de este libro, que se preocupa fundamentalmente por concebir teorías jurídicas y formas de derecho que profundicen las prácticas sociales emancipatorias existentes. A partir del estudio del derecho de Pasárgada, puedo decir que las prácticas jurídicas emancipatorias deben contener las características que siguen.

2.1. No profesional

El presidente de la AR es un tendero que aprendió a leer y a escribir cuando era adulto, y jamás estudió la carrera de derecho. Su trabajo cotidiano incluye otro tipo de actividades diferentes a aquella de prevenir y resolver los conflictos. En consecuencia, desempeña actividades relacionadas con el derecho, pero de una forma no profesional. En Pasárgada, los conocimientos y las habilidades jurídicas se encuentran ampliamente difundidos. El hecho de que las actividades relacionadas con temas de derecho no se realicen de manera profesional se encuentra relacionado con la debilidad estructural que afecta a la AR como punto céntrico de poder político moderno y con el patrón general de un poder atomizado prevalente en toda la comunidad. No obstante, hemos constatado que la estrategia retórica del proceso de resolución de disputas podía incorporar un énfasis en el estatus y la naturaleza del conocimiento jurídico que el presidente y la AR tienen sobre el derecho del asfalto y el de Pasárgada. Además, este énfasis se refuerza mediante las referencias ocasionales al «estatus oficial» de la AR. El efecto acumulado de esta dramatización de la posición de la AR consiste en generar la idea de que la misma se encuentra dotada de un tipo de conocimiento cuasiprofesional y cuasioficial. Esta dinámica se hace particularmente visible en aquellas ocasiones en donde la AR adopta una estrategia de restauración de poder para contrarrestar una acción que amenaza su posición habitual de poder. Esto sugiere que al conocimiento jurídico de Pasárgada se le confiere un carácter profesional y oficial por analogía cuando se considera que es necesario que goce de un poder adicional.

2.2. Accesible

El derecho de Pasárgada es accesible tanto en términos de sus costes en tiempo y dinero, como en términos del patrón de interacción social. Los residentes de Pasárgada no pagan honorarios a abogados, ni costas judiciales, aunque se les puede pedir que se unan a la AR si no son todavía miembros de la misma y que paguen la contribución a la Asociación. Tampoco tienen que pagar transporte ni perder un día de salario, como sería el caso si tuvieran que consultar un abogado

I Para una nueva teoría crítica del derecho

188

o presentarse ante un tribunal de Río. Además, los casos se procesan rápidamente. El presidente se siente orgulloso de esta diferencia con los tribunales oficiales: «Decidimos el caso ahí mismo. Si el residente acudiera a los tribunales, jamás obtendría un fallo sobre su caso. Toma algo así como dos o tres años obtener una decisión sobre un caso sencillo». Las demoras son incompatibles con el carácter urgente que usualmente sirve de estímulo para que los habitantes acudan a la AR, y esta entidad a su vez trata de atender satisfactoriamente estas circunstancias de urgencia, aunque la argumentación retórica necesaria para confeccionar un acuerdo presupone un cierto ritmo que no puede acelerarse. Con todo, el tiempo invertido en este diálogo no tiene punto de comparación con la magnitud de las demoras que se presentan en los tribunales oficiales.

Finalmente, el modo de interacción social desplegado dentro de la AR está cercano a aquel que se da en la vida cotidiana. Las personas no se cambian de ropa para ir a la AR, ni tampoco se identifican, ni se presentan empleando fórmulas rituales. Por el contrario, utilizan su lenguaje ordinario para transmitir los hechos, los valores y los argumentos del caso. No obstante, esto no significa que el derecho de Pasárgada sea igual de accesible para todos. No todos los habitantes de Pasárgada están bien informados de las actividades que adelanta la AR en materia de resolución de conflictos. Tampoco todos sienten la misma necesidad de acudir a la AR, ya que algunos encuentran otras alternativas para resolver sus conflictos dentro de la comunidad (amigos, vecinos o líderes religiosos, entre otros). Inclusive, en algunos de los «vecindarios malos» de Pasárgada se práctica todavía una forma de «justicia brutal». Y aún cuando el derecho de Pasárgada no es justicia política en el mismo sentido en que lo es el derecho del asfalto, el hecho de que el presidente y los directores de la AR se escogen dentro de la comunidad significa que los residentes cuentan con un incentivo más para acudir a esta instancia, que está relacionado con sus conexiones políticas o sus lazos de amistad. Finalmente, el proceso de resolución de conflictos de Pasárgada ha desarrollado lo que denomino un lenguaje técnico popular. La barrera creada por el uso de este lenguaje puede variar de acuerdo con la estrategia retórica del caso, pero de todas formas jamás es tan elevada como para requerir de la ayuda del conocimiento jurídico profesional. Las semillas de acceso desigual existen en el derecho de Pasárgada, y germinarán en tanto la estratificación social y la desigualdad del poder se incrementen dentro de la comunidad.

2.3. *Participativa*

Si bien la participación se encuentra íntimamente ligada con el acceso (particularmente cuando se mide por el grado de homología entre la interacción social y la jurídica), la participación tiene que ver específicamente con los roles desempeñados por los diferentes participantes en el proceso de conflicto. Los niveles de participación y de informalidad en el proceso jurídico se encuentran íntimamente relacionados, y en ambos casos Pasárgada cuenta con indicadores sobresalientes. Las partes presentan sus propios casos, en ocasiones con la ayuda de algún familiar o vecino. Jamás se encuentran representadas por un profesional especialista

en derecho. Tampoco se encuentran constreñidas por la camisa de fuerza de las reglas formales, y pueden expresar cualquier cosa que les preocupe, ya que el criterio de relevancia es bastante generoso. Esto no significa que en el derecho de Pasárgada las partes tengan el control total del proceso, como ocurre en el caso de la negociación, en donde el tercero imparcial se reduce a ser un intermediario o un mensajero. En efecto, el presidente puede interrumpir a las partes cuando sea necesario. Estos factores pueden incrementar ocasionalmente la formalidad del proceso. De hecho, la informalidad, por su misma naturaleza, permite que tenga lugar la flexibilidad y la gradación, y así es la retórica la que impulsa el proceso jurídico en diferentes direcciones. Además, el proceso de certificación se encuentra permeado por el formalismo y por ciertos rituales de alienación, a través de los cuales las partes confrontan un espacio jurídico que se ha ido generando en el interregno. Es como si la legalidad, en últimas, significara la construcción de la alienación, la transfiguración de lo familiar en lo extraño, de lo horizontal en lo vertical, de lo gratuitamente concedido a lo que termina resultando una carga. Así, esta tendencia es visible en Pasárgada, pero todavía no se acerca a los extremos que caracterizan al sistema jurídico oficial del Estado moderno.

2.4. *Consensual*

La mediación es el modelo predominante que emplea el derecho de Pasárgada para la resolución de conflictos, hasta tal punto que la adjudicación puede llegar a presentarse bajo el ropaje de la mediación, situación que he denominado como mediación aparente. Se hace siempre el intento de llegar a un compromiso en el que cada parte dé un poco y reciba otro tanto. En este punto el derecho de Pasárgada difiere del sistema jurídico oficial, en donde el modelo de adjudicación (esto es, de decisiones de todo o nada) prevalece, aunque no debe exagerarse el alcance de estas diferencias. El predominio de la mediación en un escenario dado se puede deber a diversos factores. Puede ser un reflejo, en un contexto jurídico, de postulados culturales mucho más amplios (el Japón es usualmente ofrecido como ejemplo). Puede tener que ver con el tipo de relaciones sociales que se dan entre las partes involucradas en el conflicto, de si se encuentran vinculadas a través de «relaciones multiplexas», como Gluckman las denominó, que incluyen diferentes ámbitos de la vida, en donde la mediación se orienta a preservar esa relación. Finalmente, la mediación se puede dar por el hecho de que el mediador carece del poder suficiente para imponer su decisión, una situación que parece ser frecuente en sociedades de estructura relajada basadas en una pluralidad de grupos, cuasigrupos y redes, en donde no existe poder central o es bastante débil.

El primer factor parece ser irrelevante en Pasárgada, que se encuentra fuertemente influenciada por la ideología jurídica de Occidente. Pero los otros son importantes. Debido a la alta densidad poblacional de Pasárgada y al estilo de vida en comunidad (aprendizaje en la calle, relaciones cara a cara, cotilleos, regalos recíprocos de conocimiento y habilidades útiles), los vecinos interactúan intensamente en espacios públicos y privados en el contexto de relaciones para múltiples propósitos, de las cuales pueden surgir ocasionalmente conflictos. De otra parte,

I Para una nueva teoría crítica del derecho

190

la AR no cuenta con un poder sancionatorio formal, y no se ejerce el poder para demoler construcciones ilegales, puesto que colisiona con los intereses generales de la comunidad. Por la misma razón, la AR no busca el respaldo informal de la policía. Las amenazas se usan como argumentos intimidatorios, por lo que la sanción se limita entonces al mensaje. No obstante, estos factores constituyen meras condiciones previas. La mediación ocurre a través de la retórica, la cual genera una senda hacia el consenso sobre el cual se construye la mediación.

¿Cuál es el significado político de la retórica jurídica de Pasárgada? A lo largo de la historia ha florecido la retórica (como un estilo del proceso jurídico y como una materia académica) en períodos en donde el poder social y político era relativamente igualitario entre los miembros de la comunidad relevante. Por el contrario, el componente represivo del derecho comenzó a prevalecer primero en situaciones en donde el sistema jurídico se empleó para pacificar a los países ocupados que habían sido derrotados en guerras. No obstante, sería científica y políticamente ingenuo ponderar el significado social de la retórica de Pasárgada y su tendencia hacia el consenso en un vacío social. El criterio de relevancia aplicado a la «comunidad relevante» o a la «audiencia relevante» refleja y reproduce las relaciones desiguales de poder. No importa qué tan compartido sea, el poder siempre se ejerce contra alguien: la comunidad irrelevante. En la Atenas de la antigua Grecia, los esclavos no formaban parte de la comunidad relevante. En consecuencia, el derecho de la ciudad-Estado, dominado por la retórica jurídica, no les aplicaba. Eran simplemente objetos en las relaciones de propiedad que se daban entre los ciudadanos libres. Esto significa que un orden jurídico verdaderamente democrático en el seno de la comunidad relevante puede coexistir con la opresión tiránica de la comunidad irrelevante y, de hecho, basarse en ella.

Aunque el derecho históricamente ha reflejado y reproducido los procesos sociales de exclusión sobre los cuales se desarrolla la integración social, el enfoque de la retórica jurídica nos lleva a distinguir entre las diversas formas de exclusión social y, sobre todo, entre procesos de exclusión interna y externa, y en ello radica la importancia de la retórica jurídica para el análisis histórico y social del derecho. La exclusión externa es un proceso social por medio del cual un grupo o clase resulta excluido del poder *debido a que se encuentra por fuera* de la comunidad relevante, como se mostró en el ejemplo del derecho ateniense. Por su parte, la exclusión interna es un proceso social mediante el cual un grupo o una clase son excluidos del poder *debido a que se encuentra al interior* de la comunidad relevante, realidad ejemplificada por la dinámica del derecho estatal de las sociedades modernas capitalistas²⁹. En este caso, el criterio de relevancia de la comunidad relevante no se aplica simétricamente a toda la comunidad. Al considerar ciertos grupos o clases sociales, la relevancia es tan insignificante o remota que puede considerárseles excluidos al interior de la comunidad. También

29 Sobre la concepción de una sociedad civil internamente desigual, con varios niveles, véase infra el capítulo 9. Cf. también Santos, 1974: 74 ss.

se pueden dar procesos sociales mixtos en donde los elementos de las exclusiones interna y externa se presenten en grados diferentes.

En Pasárgada, el empleo de la retórica jurídica por parte de la comunidad relevante refleja un proceso de exclusión externa que opera de manera inversa al mencionado ejemplo de Atenas. En este caso, la comunidad irrelevante es la sociedad del asfalto, con respecto a la cual Pasárgada es impotente. El derecho de Pasárgada es un derecho subterráneo, producto de un proceso de exclusión social. Pero debido a que el derecho de la comunidad excluida mantiene una relación de pluralismo jurídico con el derecho de la comunidad excluyente, presenciamos un proceso social mixto como el descrito anteriormente. Ya que pertenecen a las clases oprimidas de una sociedad capitalista, los habitantes de Pasárgada se encuentran internamente excluidos, como se puede ver, por ejemplo, en la declaración del derecho estatal de que sus título de propiedad son ilegales. No obstante, la forma específica de marginalidad a la que se han visto abocados mediante este proceso de exclusión interna ha hecho posible un marco de acción social alternativa, el derecho de Pasárgada, que apunta hacia un proceso social de exclusión externa, que, no obstante, jamás llegará a alcanzarse totalmente. Con todo, como ya se sugirió, la comunidad irrelevante del derecho de Pasárgada no es sólo la sociedad del asfalto, sino también algunas áreas o grupos de residentes que viven dentro de Pasárgada. Y ya que el derecho de Pasárgada es impotente frente a estos dos tipos de comunidad, puede concluirse que la retórica del derecho de Pasárgada es menos el resultado de un poder ampliamente compartido y más el producto de una privación de poder ampliamente repartida. El ejercicio de la retórica jurídica dirigida a la comunidad relevante se encuentra sujeto a ciertas restricciones, que puede observarse en aquellos casos en donde la argumentación del presidente se les impone a las partes, en lugar de aceptarse por ellos, como en una suerte de imposición no represiva. Estas limitaciones de la retórica jurídica del derecho de Pasárgada también guardan relación con la estratificación social de la comunidad, como se mostraba en algunos de los casos analizados en las páginas precedentes.

Pasárgada no es una comunidad idílica. Lejos de ello. Pero eso no impide que su legalidad interna insinúe algunas de las características de una práctica jurídica emancipatoria. Aunque el riesgo de que sus características emancipatorias sean cooptadas o debilitadas es permanente, los instrumentos jurídicos de Pasárgada continúan siendo elementos susceptibles de emplearse de una manera radicalmente democrática: a través de la distribución amplia (no monopolizada) de las competencias jurídicas, como se expresa por la ausencia del profesionalismo especializado; mediante instituciones autónomas y manejables, como se puede constatar en la participación y la accesibilidad; gracias a una justicia no coercitiva, como se observa en el predominio de la retórica y en la tendencia hacia el consenso.

FRENTE AL ESPEJO **Relaciones entre las percepciones a las que** **llamamos identidad: haciendo investigación** **en las favelas de Río de Janeiro**

La auténtica blasfemia [...] es el producto de una fe parcial, y le resulta tan imposible al que es completamente ateo como al perfecto cristiano.

T. S. Eliot, *Selected Essays*, 1950: 73

*Haces así de la fe un enemigo de la fe,
y como una guerra civil contrapones juramento a juramento,
tu lengua contra tu lengua.*

W. Shakespeare, *King John*, III, 1

Ávidamente frecuenté de joven a doctores y santos, y escuché grandes cosas sobre esto y aquello: mas siempre vine a salir por la puerta misma por la que había entrado.

Omar Kayyam, *Rubaiyat* n.º 27

Inducción

Una exposición personal de la propia investigación tiene necesariamente algo de autobiografía y de autorretrato. La hermenéutica literaria distingue entre una cosa y otra. Mientras que la autobiografía narra «lo que he hecho», el autorretrato narra «lo que soy». Tienen también distintas estructuras temporales: la primera es diacrónica; el segundo, sincrónico. Aunque esta distinción parece a simple vista clara, es verdaderamente muy compleja, mucho más allá del hecho comúnmente reconocido de que lo que haces o has hecho, retrata lo que eres. Puede decirse que el autorretrato escribe la autobiografía. Lo que yo soy es, en un cierto sentido, el último capítulo de lo que he hecho, pero es un último capítulo que, contradictoriamente, está presente en la escritura de todos los capítulos anteriores. San Agustín era muy consciente de esta problemática, al oponer lo que había hecho a lo que era mientras escribía las *Confesiones*³⁰ (san Agustín, 1991: 180).

Al escribir esta exposición personal he tratado de mantenerme dentro de los límites del modelo autobiográfico, a la vez que me mantenía consciente de la tentación de autorretratarme intrínseca a este modelo. Lo cual suscita la cuestión de la índole específica de este capítulo: ¿es literario o científico? Esta cuestión suscita además un tema más amplio sobre las relaciones existentes entre la ciencia

³⁰ Sobre las relaciones entre autobiografía y autorretrato, véase Beaujour, 1977: 44 y ss.

social y la autobiografía o, de un modo todavía más general, entre la ciencia y la literatura. Tanto la literatura como la ciencia transforman los hechos empíricos en artefactos. Está bastante claro que la construcción literaria de artefactos difiere de la científica y la ciencia moderna ha hecho mucho hincapié en esta diferencia. Deberá no obstante tenerse en cuenta que tal diferencia se basa en una semejanza cuya importancia es asimismo crucial, que consiste en el hecho de que tanto la literatura como la ciencia poseen estructuras constructivas para añadir a lo «fáctico». En un periodo de transición entre paradigmas tiene mucho más sentido hacer hincapié en la semejanza (y clarificarla) que en la diferencia. No es tarea fácil después de siglos de ofuscación. Y quizá resulta más fácil si empezamos por estudiar los casos limítrofes, tales como el de la autobiografía en relación con la literatura y el de la ciencia social en relación con la ciencia.

La índole literaria de la autobiografía se ha discutido mucho en vista del predominio relativo en ella de elementos que no son de ficción (empíricos) (Renza, 1977: 1). Por otra parte, dentro de la tradición positivista se ha discutido también la índole científica de la ciencia social en vista del relativo predominio en ella de elementos de ficción (personales, políticos, con carga de valores). Por sí misma esta semejanza posicional no clarifica la semejanza estructural, sino que muestra cómo los «tipos ideales» de la literatura y de la ciencia, tal como los han desarrollado la teoría literaria y la epistemología, han dejado fuera de consideración entidades mixtas en las que se funden los elementos literarios y los científicos. Es concebible que entre estas entidades mixtas se encuentre precisamente el ensayo autobiográfico sobre la teoría científica propia. Aquí, en la línea limítrofe de la línea limítrofe, la mezcla de elementos puede alcanzar tal complejidad que constituye una *tertium genus* entre la ciencia y la literatura.

Tanto si el presente capítulo tiene éxito al respecto como si no, yo haría hincapié en la importancia de desarrollar un método autobiográfico en las ciencias sociales como modo de poner a prueba nuevas respuestas a cuestiones que son comunes a la ciencia y a la literatura: por ejemplo, la relación entre la verdad y el propósito, entre la memoria y la invención, y entre la descripción y la imaginación; la cuestión de la estructura temporal y, por último, el tema del autor. Además, el desarrollo de una línea autobiográfica semejante podría llevar al surgimiento de nuevos estilos y tipos de autopublicación, a formas sincréticas/sintéticas en las que convergieran expresiones científicas y literarias. En las páginas que siguen suscitaré para su discusión algunos temas basados en la «autobiografía» del presente capítulo.

Este capítulo está escrito en algún punto entre la memoria y la invención, y sin embargo he tenido conciencia en todo momento de que estos dos extremos son al mismo tiempo un solo sitio del que es necesario exilarse para poder escribir. En rigor, ni la memoria ni la invención ofrecen un refugio seguro para una empresa literaria de este tipo. La memoria está llena de agujeros oscuros que pueden ser sobrevolados con las alas de la imaginación. Kafka tenía una aguda conciencia de este hecho cuando escribió en sus *Diarios* (1910-1913):

En una autobiografía no puede evitarse escribir «a menudo»

I Para una nueva teoría crítica del derecho

194

cuando la verdad exigiría que se dijese «una vez», porque siempre se es consciente de que «una vez» reventaría esa oscuridad de la que se sirve la memoria. Y, aunque la expresión «a menudo» tampoco la preserva del todo, lo hace al menos en la opinión del escritor, y éste atraviesa partes que quizá no hayan existido nunca en su vida, pero le sirven como sustitutivo de aquellas otras que su memoria ya no puede siquiera imaginar.

Por otra parte, la autoinvención, si es auténtica, nunca es arbitraria. Es la memoria de la memoria, la reconstrucción de un recuerdo que se ha disuelto. En las palabras de san Agustín: «Menciona la memoria y sé de qué estoy hablando. ¿Dónde se localiza mi reconocimiento sino en la memoria misma? Ciertamente está la memoria presente para sí misma a través de sí misma, y no a través de su propia imagen» (san Agustín, 1991: 192). Y Renza escribe:

...un texto autobiográfico dado pone normalmente de manifiesto los esfuerzos espontáneos, «irónicos» o experimentales, del autor para llevar su pasado al ámbito intencional de su proyecto actual narrativo. El autobiógrafo no puede sino sentir su omisión de hechos de una vida, la totalidad o la complejidad de la cual se le escapa constantemente, tanto más cuando el discurso le apremia para que ordene esos hechos. Directa o indirectamente, infectado por la presciencia de lo incompleto, confía su vida a un «diseño» narrativo en tensión con sus propios postulados, siendo el resultado un texto autobiográfico cuyas referencias se presentan a los lectores dentro de un marco estético, es decir, desde el punto de vista de la actitud «ensayística» de la propia narración, más que en relación con su verdad o falsedad no textuales (1977: 1).

Yo sugeriría que esta problemática es común a la ciencia y, en particular, a la ciencia social. De hecho la «presciencia de lo incompleto», el «sentimiento de omitir hechos» es la matriz-fantasma original de la investigación científica. Esa presciencia, aunque reprimida o suprimida mediante explicaciones durante mucho tiempo, ha sido la principal fuerza que movía la lucha contra la concepción positivista de la ciencia. La verdad científica es siempre una verdad convencional; los hechos se fabrican, y la prioridad de la teoría en la ciencia es el reverso estructural de la presciencia de lo incompleto. Se necesita la teoría para compensar los hechos decisivos que siempre faltan.

Lo que en todo caso comienza a emerger es que, a semejanza del texto autobiográfico, el texto científico está constituido por un conjunto de referencias que se presentan como un marco específico (un marco científico), es decir, desde el punto de vista de la actitud «ensayística» de la propia narración, más que en relación con una verdad o falsedad no textuales. En estos precisos términos es concebible contemplar toda ciencia como ciencia ficción o, más bien, como ficción de realidad. Una ulterior exploración de este tema nos llevaría probablemente a la

conclusión de que el marco específico del texto científico no es monolítico. Por el contrario: dentro de él varía la relación entre el acto de la significación (el propio texto) y el objeto de la significación (la memoria, la realidad). Los casos en los que existe tensión entre el uno y el otro no se distribuyen por igual a lo largo de la narración científica. En consecuencia, la distancia entre lo «ficticio» y lo «fáctico» puede variar mucho dentro de un mismo texto.

Por más de una razón, la presciencia de lo incompleto no agota la cuestión del valor fáctico/ficticio del texto autobiográfico o científico. En primer lugar, es probablemente inadecuado hablar de la omisión de hechos, ya que presupone la posibilidad de una cobertura total del pasado del autor o de la realidad que estudia. La cuestión no es en rigor cuántos hechos se omiten, sino más bien hasta qué punto son transparentemente accesibles para mí mismo mi pasado o la realidad social. En segundo lugar, el texto, como medio o marco específico, condiciona los modos en los que puede responderse a ese interrogante. Dado que el medio unifica y separa a la vez, y que el marco conecta y también desconecta, me quedo con la posible discrepancia entre lo que el texto científico publica acerca de mi pasado (o acerca de la realidad social que estoy estudiando) y lo que este pasado (y esta realidad social) significan para mí. En tercer lugar, la cuestión de hasta qué punto es verdadero o fáctico un texto dado debería complementarse siempre con la pregunta: ¿en comparación con qué? Hay de hecho una economía (¿política?) del contenido de la narración científica respecto a la cual este último se dispone jerárquicamente dentro de una escala de importancia relativa. Esta escala es el código del texto científico. Rousseau suscita este problema en sus *Confesiones*, cuando dice:

Puede que omita hechos o los cambie de sitio, o puede que cometa errores en cuanto a las fechas. Pero no puedo equivocarme respecto a lo que he sentido, o respecto a lo que mis sentimientos me han llevado a hacer. Y esto son los principales temas de lo que cuento (1967, I: 226).

La estructura temporal de una exposición como ésta se encuentra muy estrechamente relacionada con la cuestión del autor. La dialéctica temporal específica de la autobiografía reside en el hecho de que el autor, aunque esté escribiendo acerca del pasado, intenta elucidar su presente, no su pasado. Pero, al hacerlo así crea una distancia en relación con el presente y, en rigor, escribe en nombre del futuro. De ese modo, el texto, aunque en él haya bastante conciencia del tiempo, deviene relativamente atemporal. En mi caso, esa atemporalidad se revela en el hecho de que, a pesar de las apariencias en sentido contrario, anhelo un futuro que, en el futuro cercano, se quiere que tenga lugar en el interior del «mundo de la ciencia», y, por lo tanto, la exposición contiene un mensaje sobre la investigación sociológica que aspira a ser leído fuera del contexto personal y temporal en el que ha sido escrito. En resumen: hay una pedagogía escondida en este texto, o incluso una especie de proselitismo clandestino.

Con esto se ha suscitado ya la cuestión del autor. ¿Es este yo que ha lle-

I Para una nueva teoría crítica del derecho

196

vado a cabo la investigación social descrita en este capítulo el mismo yo que ha escrito la presente narración? Y ¿es el mismo el yo del texto que sigue que el yo de esta introducción, en la que se intenta la autobiografía de ese texto (la autobiografía de la autobiografía)? Dice Roland Barthes: «Cuando el narrador [de un texto escrito] cuenta lo que le ha acontecido, el yo que lo cuenta ya no es el mismo que el yo que es contado»¹. Las discontinuidades del autor no son exclusivas del texto autobiográfico. Ocurren también dentro del proceso científico. El tiempo personal del científico no es una secuencia homogénea. De manera bastante intrínseca es irregular e incoherente, y esto se refleja en su desarrollo científico. Así pues, la formación científica es discontinua, tanto cuando tiene lugar como cuando es recordada. Por esto es por lo que cualquier trozo de escritura es siempre un puente entre (como mínimo) dos tiempos.

Dicho con más exactitud, es un puente entre diferentes percepciones, y a la relación que hay entre ellas la denominamos identidad. En el libro I del *Tratado de la naturaleza humana* pone Hume en tela de juicio la idea de la identidad mediante la observación de que no es nada más que un conjunto de relaciones «gramaticales» entre percepciones:

Cuando entro de la manera más íntima en lo que llamo mí mismo siempre tropiezo con una u otra percepción determinada...
En ningún momento consigo sorprenderme a mí mismo sin una percepción, y nunca puedo observar nada que no sea la percepción...
¿Qué es entonces lo que nos da tamaña propensión a adscribir una identidad a esa sucesión de percepciones, y a suponer que poseemos una existencia invariable e ininterrumpida durante todo el curso de nuestra vida? (Barthes, 1975: 140)

En el presente caso, el narrador no soy yo en cuanto mí mismo, sino más bien yo como sustituto del Hombre Cualquiera de la ciencia social (recordamos aquí a Walt Whitman, ese magistral definidor de las propias identidades). En esto reside la pedagogía que antes mencionábamos. Escribo a una «audiencia interior» (a mi «lector implícito», como diría la teoría literaria), una audiencia formada por científicos sociales que han pasado o pasarán por experiencias muy semejantes a las que aquí describo.

El objetivo es atacar a tigres de papel establecidos que son la fuente de mucho sufrimiento y mucha degradación personal. El objetivo es proporcionar un sentido racional (y por tanto los límites) para el quebrantamiento de las reglas establecidas, de forma que nadie de buena fe grite al leer esta exposición, como grita el archiduque de Austria en *El rey Juan* (III, 1): «¡Rebelión! ¡Lisa y llana rebelión!». La crítica radical nada tiene que ver con el anarquismo. La pedagogía aquí elegida implica una elección entre dos modelos autobiográficos y, en consecuencia, entre dos tipos de autor: por un lado, el total reconocimiento de las discontinuidades del autor, que proporciona al texto una brutal franqueza e

¹ Véase también Buck, 1980.

incluso carácter de escándalo, es decir, el modelo de Rousseau en sus *Confesiones* (1967, I: 117-375) o de *Montaigne* en sus *Ensayos* (1958); por otro lado, el pleno control del último yo (el yo que escribe) sobre toda su genealogía, así como de la narración global, que culmina por lo tanto en un texto autocensurado, casi de relaciones públicas, es decir, el Modelo de Henry Adams en *The Education of Henry Adams* (1961).

Tal como resultará evidente en el texto, he seguido el modelo de Rousseau o de Montaigne. Algunos lectores encontrarán a veces inmoral este texto, de una moralidad semejante a la de Rousseau cuando hace referencia a su masturbación, o a Montaigne cuando habla de tirarse pedos. Y, sin embargo, sería absurdo deducir de esto que he sido «incondicionalmente libre» cuando escribía este texto. Santa Teresa dice repetidamente en su *Vida* que la autoridad de la Iglesia había suprimido la libre expresión de su vida privada (y mala) (Teresa de Jesús, 1982: 25-19.). Como en los tiempos de santa Teresa existen hoy muchas autoridades y muchas Iglesias que pululan en torno de nosotros (y se establecen en nuestro interior). Si uno es por lo menos consciente de esto, puede estar seguro de seguir el camino correcto, el camino de Kierkegaard cuando escribe en los *Diarios* (1834-1842): «La mayoría de los hombres son subjetivos para consigo mismos y objetivos para con todos los demás, terriblemente objetivos a veces. Pero la verdadera tarea consiste en ser objetivo para con uno mismo y subjetivo para con todos los demás» (Kierkegaard, 1946: 323).

Sobre el ascenso...

Estoy casado con una vieja dama en cuyo taller he trabajado desde 1970 (por lo menos). Esto es un informe de trabajo. En el taller conocí a una bella muchacha de la que estoy enamorado. Esto es un informe amoroso. Vivo con la muchacha en Politeia, un suburbio de las afueras de Scientiapolis, y tengo que viajar todos los días. Esto es un informe de tráfico. Escribo en la carretera. Sin saber nunca precisamente dónde. Esto es un informe sobre el lugar de escribir.

... Y la caída de la metáfora

La crítica del método no puede realizarse sin una crítica del estilo. El estilo no es simplemente el hábito, y el método no es simplemente el monje. Ambos son ambas cosas. Sin embargo, la crítica del método científico no ha sido igualada por la crítica del estilo científico, ni en el discurso, ni en el comportamiento, ni en las actitudes. Esto se debe probablemente a que la crítica de la ciencia la han hecho principalmente científicos que escribían en revistas científicas, que tienden a ser más indulgentes con las violaciones del método que con las violaciones del estilo.

De un modo más general, en Europa, desde el siglo XVII, el discurso erudito ha llevado a cabo una guerra contra el discurso poético y su más importante recurso: la metáfora. Como consecuencia son pocas las personas de nuestra época que cultivan metáforas en su jardín. Algunas carecen de semillas, otras de herramientas, y la mayor parte de la gente carece asimismo de jardín. Para estas

I Para una nueva teoría crítica del derecho

198

personas traduciré el primer párrafo de la sección anterior: el lugar de la escritura es el lugar de la epistemología; el trabajo es el trabajo de la ciencia, o más bien el trabajo de los científicos mientras hacen ciencia; el amor es el amor por la acción política; el tráfico es la línea social que conecta (y desconecta) trabajo y amor.

Todos estos temas los tocaré en este capítulo en relación con la exposición de mi investigación sobre los patrones del arreglo de las disputas y el pluralismo legal en una favela de Río de Janeiro. El trabajo de campo se llevó a cabo entre los meses de julio y octubre de 1970, y Pasárgada es el nombre ficticio que doy a la favela en la que realicé el trabajo.

Sobre el lugar de escribir

El subtítulo de esta sección debería ser: la lucha contra el positivismo arqueológico. Escribir un trabajo científico sobre lo que uno hacía realmente mientras realizaba una investigación científica suscita complejas cuestiones epistemológicas, como demuestran el número y la magnitud de los supuestos que subyacen a la mencionada tarea. En primer lugar, da por supuesto que existe una laguna entre lo que uno ha hecho realmente y lo que uno debería haber hecho si fuera a respetar las reglas aceptadas del trabajo científico. En segundo lugar, implica que la realidad social crea obstáculos a la aplicación sin dificultades de las normas científicas. Dicho de otra manera: es culpa de la realidad, no de la ciencia. En tercer lugar, sugiere que esos obstáculos pueden eliminarse o sortearse, como demuestra en sí lo que uno escribe retrospectivamente. En cuarto lugar, presenta al escritor, que ha dejado de ser inocente, como un científico social, más o menos maduro, libre de proselitismo fanático y de desviacionismo radical. Ha alcanzado la edad positiva en la escala evolutiva de Comte. Por último, da por supuesto la continuación de un matrimonio, difícil pero gratificante en conjunto con la ciencia tal como la conocemos.

El presente capítulo no se propone especificar las diferentes cuestiones suscitadas por los distintos supuestos, y mucho menos darles respuesta. ¿Sería además posible escribir un informe acerca de la investigación empírica sin aceptar de uno u otro modo los supuestos mencionados? Lo único que quiero es que los lectores sean conscientes de los perros epistemológicos cuando recorran el centro de Scientiapolis. No obstante, hay tres puntos generales que deben tenerse en cuenta.

[El uso compulsivo de enumeraciones a lo largo del texto (primero, segundo, tercero...) constituye por sí mismo un documento. Contar los temas, las ideas o los argumentos es una conveniente manera de domesticar el discurso, la realidad o a los lectores, y de crear orden por encima del caos, de un modo tal que este último —es decir, el caos, como momento de ignorancia en el conocimiento-como-regulación— se atribuye, dentro de la ficción, al discurso, a la realidad o al lector, antes de ser eliminado por su único sustentador: el autor. Constituye así pues un ejemplo de cómo el conocimiento-como-regulación puede colarse en un texto que supuestamente nos habla del conocimiento-como-emancipación.]

En primer lugar, el reino de las experiencias pertinentes en la investigación

de campo lo determina la concepción que el investigador tiene de la ciencia, tanto cuando está llevando a cabo la investigación como cuando está escribiendo su informe, siendo esta última ocasión la determinante en mayor grado. En segundo lugar, la presentación de estas experiencias la determinan tanto las reglas del discurso científico dominante como las reglas del discurso público en general (que determina, por ejemplo, si deben presentarse cuestiones personales o semiíntimas y, en su caso, de qué manera). En tercer lugar, aunque un informe de esta clase tiende a reflejar una postura antipositivista, puede ocurrir que, a un nivel más profundo, oculte elementos de positivismo fuera de control. Sucederá así bien porque el informe pone en tela de juicio la realidad social, y no la ciencia, o porque, aunque rechaza la concepción positivista de la distinción sujeto/objeto que subyace en la prescripción científica, acepta dicha concepción en el análisis de lo que realmente se hizo en violación de la prescripción.

Por cuanto atañe a mi propio informe, trata sólo de manera marginal lo que «realmente» hice mientras realizaba la investigación sociológica. Por una parte, hice tantas cosas que eran tan importantes para mi vida personal y para mi formación científica que sería imposible recordarlas todas y, aun si fuera posible, la descripción se les antojaría a la mayoría de los lectores totalmente impropio, absurda, ridícula o incluso inadecuada. Por otra parte, como es por medio de la ciencia como se hace que algo sea acientífico, si redujese en exceso el ámbito de la experiencia pertinente me estaría condenando a mí mismo por haber adoptado en mi investigación un concepto inadecuado de ciencia. En ese caso se me podría criticar no por haberme apartado de los estándares científicos, sino por no haberlo hecho en grado suficiente.

Dado que todo pasado tiene su propio presente, estoy escribiendo sobre acontecimientos de 1970 en adelante, que, vistos desde hoy, tuvieron la mayor importancia para mi actual concepción del derecho moderno, presentada en capítulos anteriores. Mi exposición en la introducción que antecede debería haber puesto en claro que soy consciente de que esta base analítica conlleva dos riesgos. En primer lugar, el riesgo de la regresión interminable: al cambiar las condiciones (científicas, políticas y sociales) siempre será posible escribir un informe sobre lo que uno pensaba realmente mientras escribía sobre lo que uno realmente hizo mientras hacía investigación empírica. En segundo lugar, el riesgo de relativismo: asumir que todas las experiencias reales en el curso de la investigación empírica eran igualmente determinantes para la construcción de una alternativa científica (y política). En gran medida resulta imposible para el lector evaluar si he tratado de evitar esos riesgos en este capítulo y, en su caso, cómo.

Sobre el tráfico 1

Me gradué en derecho en la Universidad de Coimbra en 1963. De 1963 a 1964 realicé estudios de posgrado en la Universidad Libre de Berlín occidental, especializándome en derecho penal y en filosofía del derecho. Desde 1965 hasta 1969 fui profesor asistente en la Facultad de Derecho de Coimbra, y entre tanto volví a Alemania Occidental durante un breve periodo para preparar un estudio

I Para una nueva teoría crítica del derecho

200

de derecho penal comparado en el Instituto Max Planck de Friburgo de Brisgovia. En 1969 fui a Estados Unidos para hacer un máster en Derecho en la Universidad de Yale, con la intención de preparar una tesis doctoral sobre la defensa de los locos.

Cuando me marché de Portugal era un jurista frustrado que, al haberme negado a participar en la máquina de hacer dinero de la práctica jurídica en la que a veces entraban los profesores de derecho redactando dictámenes bien pagados sobre casos importantes, es decir, sobre casos en los que estaban implicados gente o grupos importantes (poderosos), no hallaba satisfacción intelectual en la ciencia del derecho establecida, es decir, en la dogmática jurídica. En rigor, por entonces había dejado de ver en la dogmática jurídica una ciencia en ningún sentido razonable. A mi juicio, el estudio científico del derecho tenía que organizarse desde una perspectiva exterior a éste. Y esa perspectiva la encontraba yo entonces en la psiquiatría y en la psicología. Eran bastante amplias como para incluir cuestiones de filosofía jurídica con las que yo estaba muy familiarizado (culpa, libre albedrío, etc.). Por aquel entonces, debido a la oposición del régimen fascista portugués al desarrollo de las ciencias sociales, no estaba en condiciones de considerar que la perspectiva sociológica podía ser una alternativa. Mi estancia en Alemania no había sido de gran ayuda a este respecto: las facultades de derecho alemanas se oponían a la sazón activamente al enfoque sociológico del derecho.

Hablando en términos políticos yo era un izquierdista muy moderado cuando me fui de Portugal. Teniendo que abrirme camino desde mi procedencia de una familia de clase trabajadora, siempre había sentido el temor de que, por motivos políticos, me impidieran realizar el sueño de la familia: llegar a ser abogado. El periodo de Berlín contribuyó sólo en parte a mi clarificación política. Aunque organicé coloquios en contra del régimen fascista y su política colonial, y discutí estos temas con muchos estudiantes miembros de la Unión de Estudiantes Socialistas Alemanes que habrían de convertirse más tarde en dirigentes del movimiento estudiantil en Alemania, al mismo tiempo estaba traumatizado por el contacto diario con el régimen estalinista de Walter Ulbricht en lo que entonces era la República Democrática Alemana: cruzaba todas las semanas el muro para visitar a mi novia en Berlín oriental. Al verme confrontado con burdas formas de control intelectual, e incapaz de concebir que aquel régimen fuera una forma degenerada de socialismo, no pude desarrollar una actitud política socialista coherente.

Cuando llegué a Estados Unidos, el movimiento estudiantil abría por fin brecha en Yale. Era un periodo de conciencia política y de radicalización contra el establishment: Vietnam, la invasión de Camboya, los cuatro estudiantes muertos por disparos de la Guardia Nacional en el campus de la Universidad de Kent State (Ohio), el juicio contra las Panteras Negras en New Haven, la publicación de *The Greening of America* de Charles Reich (un profesor de derecho de Yale), las reuniones de autoenseñanza colectiva, la primera huelga de estudiantes en la historia de la Universidad de Yale, los profesores a los que se hacía un juicio por sus actitudes racistas en tribunales controlados por los estudiantes. Era también el periodo en el que la «invasión» de las facultades de derecho por las ciencias

Frente al espejo. Relaciones entre las percepciones a las que llamamos identidad: haciendo investigación en las favelas de Río de Janeiro

201

sociales alcanzaba su punto culminante. Hasta tal punto que, cuando me contagié de la epidemia de las ciencias sociales y decidí especializarme en el campo de la sociología del derecho, no sentí la necesidad de dejar la Facultad de Derecho y pasarme al Departamento de Sociología.

Pronto estuve convencido de que el enfoque psiquiátrico del delito tenía sus cimientos en la sociología de la desviación y que esta última tenía sus cimientos en la sociología del derecho. Es sorprendente la rapidez con la que di todos estos pasos. Pero más lo es aún cómo dejé de dar el siguiente paso «natural»: que la sociología del derecho tenía sus cimientos en la sociología del Estado. Tal como podrá verse en lo que sigue, esto se debía a las dos teorías que en Yale, por aquel tiempo, dominaban el campo de la sociología del derecho, ninguna de las cuales ponía en tela de juicio el poder estatal: la teoría antropológica del arreglo de las disputas y la teoría weberiana del derecho moderno. El eslabón perdido habría de cobrar forma mucho después, bajo el impacto de la experiencia de Allende en Chile y de la revolución portuguesa de abril de 1974.

La sociología del derecho se estudiaba en Yale bajo la orientación (dis) conjunta de los juristas socio-legales, por una parte, y los sociólogos por la otra. Los primeros basaban su enseñanza, bien en la antropología del derecho o en la sociología del derecho de Max Weber. Los sociólogos tendían a adoptar una postura behaviorista y positivista un tanto burda o a ser supereclécticos en su enfoque del derecho. Y, en todo caso, todos estaban atrapados por la necesidad de ganar respetabilidad dentro de la facultad de derecho. La competencia y rivalidad entre los juristas sociológicos y los sociólogos apenas se disimulaba. Los primeros criticaban a los segundos diciendo que éstos no sabían bastante derecho, y los segundos achacaban a los primeros no saber bastante sociología. Lo habitual.

Institucionalmente, el centro de la sociología del derecho era el ambicioso Programa de Derecho y Modernización. Los objetivos del programa se describían en un folleto de la manera siguiente:

Las leyes y las instituciones legales modernas pueden resultar esenciales para la modernización de las sociedades en desarrollo. Pero a pesar de la creencia en que la reforma legal es esencial para los países en vías de desarrollo y de la creciente evidencia de que el cambio efectivo a través del derecho es un proceso extraordinariamente complejo, es escasa la investigación sistemática que se ha emprendido sobre el papel que desempeña el derecho en la modernización. Aunque algunos científicos sociales han reconocido la importancia de los sistemas judiciales en el desarrollo, no han sentido el interés por explorar a fondo el funcionamiento de las instituciones de la aplicación de la ley. Al mismo tiempo, los juristas académicos han hecho hincapié por lo general en los problemas conceptuales de los sistemas judiciales de los países en desarrollo, mientras centraban su atención únicamente de manera periférica en los temas económicos, políticos y sociales relacionados con ellos. Es poco el trabajo que han intentado realizar conjuntamente juristas y científicos sociales. Para

I Para una nueva teoría crítica del derecho

202

cubrir esta laguna en la investigación y en la enseñanza, la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale ha establecido un Programa de Derecho y Modernización. El Programa apoyará la investigación teórica tanto como los estudios empíricos de las dimensiones social, política y económica de los sistemas judiciales de determinadas sociedades en desarrollo, de las barreras legales que se oponen al cambio, de la comparación transcultural de la interacción de los sistemas judiciales y la modernización, y de las estrategias de cambio social planificado en sociedades concretas. La investigación empírica se centra en los sistemas jurídicos de los países en desarrollo. Pero el Programa apoyará asimismo trabajos sobre la teoría científica jurídica y social básica, necesarios para el ulterior estudio comparativo del derecho en la sociedad. La investigación empírica se está llevando a cabo en estos momentos en África oriental, Brasil e India.

El seminario sobre el derecho y la modernización, que dirigía el director del Programa, fue la plataforma para vivos debates en torno al derecho y la sociedad. Me agradaba al máximo el estilo agresivo de la discusión en Yale. En comparación con las relaciones intelectuales de carácter feudal que imperaban en la Facultad de Derecho de Coimbra, el «liberal mercado libre de ideas» era una liberación intelectual. Por absurdo que pueda parecer retrospectivamente, el estudio de la sociología se combinó en mi caso con un proceso de radicalización política. La exposición a la guerra de Vietnam, al imperialismo norteamericano en América Latina y a las desigualdades sociales y la corrupción política dentro de la sociedad norteamericana, rompió el efecto bloqueador que había producido en mí el régimen de Ulbricht, y dio lugar a las condiciones objetivas a partir de las cuales podía desarrollarse una crítica radical del capitalismo y el imperialismo.

Fue en este contexto intelectual y político donde, a principios de 1970, solicité una beca al Programa de Derecho y Modernización para realizar una investigación en Brasil, tras haber leído en el tablón de anuncios que el Programa financiaba estudios sobre los servicios legales para los pobres en Brasil. Siempre había querido ir a Brasil, la tierra prometida de la que en mi infancia les oía contar cosas a mis abuelos. Además, el tema de la investigación sonaba «izquierdista» y se me antojaba adecuado para una teoría crítica del derecho y la sociedad que yo andaba buscando a tientas. Pensaba, por último, que, para establecer mi credibilidad como científico social, debería hacer investigación empírica. Haría investigación empírica. De hecho, aunque no había abandonado por completo mis planes de escribir una tesis doctoral sobre la defensa de los locos, dedicaba todas mis energías a leer, de manera casi obsesiva, sobre sociología general, sociología del derecho y antropología del derecho. Mi preparación sociológica resultaba crucial en aquel momento, principalmente porque yo pensaba que las herramientas analíticas desarrolladas por la sociología funcionalista podían emplearse, fuera de su «marco natural», en una crítica radical a la sociedad capitalista. Las contradic-

Frente al espejo. Relaciones entre las percepciones a las que llamamos identidad: haciendo investigación en las favelas de Río de Janeiro

ciones políticas de la ciencia social convencional estaban entonces más claras para mí que su superficialidad teórica y su esterilidad metodológica.

Cuanto más me metía en la ciencia social convencional, mientras preparaba mi proyecto de investigación, tanto más me convertía en un extraño. Se iba creando un vacío que el marxismo llenaba gradualmente (y nunca del todo). Una temprana manifestación de este proceso intelectual fue la compleja experiencia de las identificaciones en conflicto que experimenté mientras leía los escritos empíricos y teóricos del campo que había elegido. A veces leía este material desde la perspectiva del científico social –la visión desde arriba–, adoptando en consecuencia el personaje de sujeto de la ciencia. En otras ocasiones, por el contrario, me identificaba con la «víctima», con el pobre habitante de las favelas, en resumen, con el objeto de la ciencia: la visión desde abajo. Conforme avanzaba mi investigación, esta última identificación se fue convirtiendo en dominante. Cuanto más creíble me volvía en cuanto sujeto de la ciencia, tanto más profundamente me experimentaba a mí mismo como objeto científico. De un modo propio de Alicia en el País de las Maravillas, ascendí por la escalera que me llevaba abajo. Esto se debía al hecho de que la mayor parte de mis lecturas eran sobre antropología social, básicamente sobre investigación llevada a cabo por antropólogos británicos en África y por antropólogos norteamericanos en el «Tercer Mundo». Gradualmente fue emergiendo en mi conciencia científica la índole imperialista de la ciencia social «burguesa». Procediendo de un país relativamente «subdesarrollado», «semiperiférico», pude observar, al leer los materiales, el desarrollo del proceso de mi propio subdesarrollo científico (y político). Pero, además del contenido político (y de la forma política, como habría de concluir más adelante) de aquellos estudios, lo que más me sorprendió era que sonaban a falsas, magníficas redes de interpretaciones erróneas, a monumentos de erudita y especializada ignorancia.

Me volví tan arrogante en relación con estos estudios como sólo podría serlo un nuevo cristiano. Mi legitimidad se basaba en el conocimiento inexperto que procedía de la mera experiencia hipotética. Mi rebelión era la rebelión del objeto contra el sujeto. Y cuando el objeto se rebela contra el sujeto, tiende a convertirse en supersujeto, en este caso, en un supercientífico. De hecho, a mis motivos originales para emprender un trabajo de investigación en Brasil, venía a añadirse uno nuevo: demostrar por medio de la investigación empírica hasta qué punto estaban equivocados los antropólogos del derecho y los sociólogos del derecho en sus análisis del derecho en «el Tercer Mundo». Lo inmoderado de mi ambición era la contrapartida de mi resentimiento. Y no se detenía ahí.

Tal como he dicho anteriormente, el Programa de Derecho y Modernización se centraba alrededor de dos áreas: los estudios sobre el arreglo de las disputas y los estudios sobre el derecho y el desarrollo. Una opresiva atmósfera weberiana dominaba esta última área. En el aspecto político era demasiado evidente la herencia kennediana. El proyecto político que subyacía a los estudios sobre el derecho y el desarrollo apenas había sido tratado por la teoría sociológica. No había nada de malo en presentar el derecho como un factor positivo del desarrollo, siempre y cuando se especificara este último y se contrastase con tipos alternativos de transformación

I Para una nueva teoría crítica del derecho

204

social, tales como la revolución social. Sin embargo, la revolución era tabú, el *non-dit* del discurso dominante sobre el derecho y el desarrollo. En tales circunstancias, los estudios sobre el derecho y el desarrollo estaban obligados a exagerar la importancia del papel positivo del derecho: una parcialidad ideológica a favor de la transformación social por métodos legales y en contra de los procesos revolucionarios. En el caso de Brasil, los académicos del derecho y la modernización, habiendo abandonado el intento de «civilizar» a la dictadura militar que ocupaba el poder desde 1964 con el apoyo activo norteamericano, intentaban crear las condiciones institucionales para un régimen democrático burgués que fuese lo suficientemente estable como para contrarrestar el potencial revolucionario creado por la propia dictadura. Aunque no podía dudar de la honestidad personal de los académicos implicados, algunos de los cuales eran buenos amigos, nunca pude entender su ingenuidad y su ceguera para con las condiciones objetivas del proceso histórico por el que estaban pasando sus vidas, tanto en Estados Unidos como en América Latina.

Una de las áreas privilegiadas del derecho y la modernización era la investigación de los servicios legales para los pobres. Leí mucho sobre la asistencia legal en Norteamérica, y visité algunos despachos de la zona de New Haven. Asistí incluso a una reunión sobre el derecho y la pobreza, organizada en Chicago por la American Bar Association [la Asociación de la Abogacía Norteamericana], campeona a la sazón de la transformación social a través del derecho. Dadas las diferencias de miras y de contenido político entre los proyectos de ayuda legal, pronto abandoné mi visión sobremanera optimista de los mismos. No obstante me impresionaba la convicción socialista de algunos de los activistas que trabajaban en los proyectos más avanzados. En rigor fue en vista de sus actividades como llegué a anticipar un cuadro bastante negativo de la asistencia legal para los pobres en el contexto latinoamericano. Sólo un régimen democrático con un apoyo de clase estable que no existía en América Latina podía permitir que las clases oprimidas aprendieran la utilización del derecho como arma de defensa (cualesquiera fueran sus deficiencias), sin que se minaran por ello los cimientos de la dominación de clase y del poder del Estado. Aunque esta línea de pensamiento demostró luego ser un tanto simplista, yo era incapaz de dominar mi arrogancia, y me prometía a mí mismo que mi investigación pondría de manifiesto la parcialidad ideológica subyacente en los estudios sobre el derecho y el desarrollo.

Considerando lo que antecede, mi bagaje sociológico cuando inicié la investigación de campo comprendía dos áreas de interés convergentes y mal integradas: el área del arreglo de las disputas/la justicia informal, y la del acceso a los recursos jurídicos/a la ayuda legal. Aunque mi proyecto de investigación se centraba fundamentalmente en esta última área, mis intereses científicos se inclinaban por la primera, no sólo porque parecía más fructífera desde el punto de vista teórico, sino también porque era la menos determinada políticamente de las dos. Traté, al principio, de unir ambas en un tema sobre las «actitudes de los pobres hacia el derecho», pero la ingenua conceptualización del derecho que subyacía a ese tema fue desapareciendo al hacerme más consciente del contenido clasista del sistema judicial oficial de Brasil.

Sobre el amor

El primer factor importante en mi investigación de campo era que yo amaba a Brasil desde el primer momento. Amaba al pueblo casi tanto como odiaba al gobierno. Era como volver a casa después de haber pasado un año entre los supernativos de América del Norte. No me llevó mucho tiempo establecerme, y dos semanas después de mi llegada estaba ya viviendo en la favela de Río de Janeiro en la que iba a hacer mi investigación de campo. Tanto la lengua como mi origen de clase facilitaban la adaptación. Aunque a la hora de la verdad las cosas no resultaron tan sencillas.

Sobre hablar el mismo idioma

Antes de establecerme en la favela en la que iba a realizar mi trabajo de campo visité varias otras favelas, así como otros tipos de zonas de residencia de clase obrera y lumpenproletariado de los suburbios de Río. Solía ir solo (ya que no tenía «ayudante de investigación»), y hablaba con la gente con la que me iba encontrando. Esta facilidad para entablar relaciones cara a cara formaba parte de mi personalidad. Pero se debía también a mi inocencia (a pesar de la literatura) respecto a la complejidad de estos microcosmos sociales. El siguiente incidente me demostró, de una manera traumática, que hablar con la gente no es tan sencillo como parece.

Con el fin de probar el «sabor» de los diferentes tipos de favelas, visité una de las más pobres, construida sobre pilotes y comprimida entre el patio trasero de una fábrica y la bahía de Guanabara. Nunca antes había visto, ni he visto después, condiciones de «vida» tan inhumanas como las que reinaban allí. Pedí que me llevaran a la chabola en la que vivía el presidente de la Asociación de Residentes. Hablamos un rato sobre favelas y sobre Portugal, y yo le hice unas cuantas preguntas sobre aquella favela en particular, tales como a quién pertenecía el suelo sobre el que estaba construida. Finalmente me preguntó: «¿Qué es lo que está usted haciendo exactamente en Brasil?». Y yo le respondí: «Estoy haciendo una investigación sobre las favelas». El hombre se me quedó mirando, el rostro lívido y los ojos salientes. Se puso de repente en pie y gritó: «¡Lárguese al infierno!». No podía entender lo que estaba pasando, y me quedé paralizado por la sorpresa y el miedo. «¡Lárguese al infierno!», repitió, y me empujó hacia la puerta de la chabola. Aunque estaba asustado, intenté decir algo todavía: que debía de haber un malentendido, que no quería ofenderle. Pero el hombre siguió gritando. Entre tanto se había congregado en torno a la chabola un montón de mujeres y niños. El hombre, señalándome, gritó a voz en cuello: «Este tipo es un *portuga*, un *caguete*. Ha venido a espiarnos» (*portuga* es un nombre peyorativo que se da a los portugueses en Brasil; *caguete* significa soplón de la policía en el argot de Río). Dirigiéndose a mí de nuevo añadió: «No tengo nada que contarle a la policía. Si no se marcha...», y rápidamente se metió en la chabola. Una mujer se acercó a mí y me dijo: «En su lugar yo me marcharía en seguida». Intenté explicarme, decirle que yo no tenía nada que ver con la policía. Pero el hombre volvió a salir empuñando un rifle. La mujer se acercó a él: «Ten cuidado, déjale hablar», «Fuera», fue

I Para una nueva teoría crítica del derecho

206

su respuesta apuntándome con el rifle. Miré a la multitud, buscando una mirada amable. Bajé los ojos. Despacio me volví y me alejé. Muy despacio, andando por el centro de la calle. Detrás de mí podía oír las voces de la favela. ¿Me estaban siguiendo? Recorrí unos cuatrocientos metros de dudas y ansiedad. Luego torcí a la izquierda y miré hacia atrás. Y corrí como loco hasta alcanzar la autopista que une el aeropuerto con la ciudad. Fui directamente a la parada del autobús. Tomé el primer autobús que vino, y empecé a pensar mientras arrancaba. Pero, en primer lugar quería asegurarme de que seguía estando vivo.

¿Qué había ocurrido? Cuando llegué a casa encontré de repente una posible clave para explicar el absurdo equívoco. Cuando dije que estaba haciendo una investigación sobre las favelas utilicé la palabra *investigação*. En el portugués de Portugal, el término que se utiliza para la investigación científica puede expresarse tanto con la palabra *investigação* como con la palabra *pesquisa*, aunque es más común utilizar la primera. En cambio, en el portugués de Brasil, y en especial en el lenguaje ordinario, *investigação* significa investigación policial. Al haber utilizado esta palabra inadvertidamente había llevado a mi interlocutor a pensar que yo trabajaba para la policía.

Esto, sin embargo, no podía proporcionar una completa explicación para una reacción tan violenta. Decidí entonces discutir el incidente con un amigo mío que conocía muy bien las favelas de Río, ya que había participado en proyectos de autoayuda en asentamientos de chabolas a principios de la década de 1960. Resultó que la favela en la que tuve el incidente estaba amenazada de eliminación. Los propietarios del suelo querían ampliar la fábrica y estaban presionando a la administración del Estado para que encontrasen «bases legales» para eliminar la favela. Esto se sabía en la favela, ya que los residentes habían sido hostigados con frecuencia por la policía y por los *jagunços*, pagados por el propietario de la fábrica (un *jagunço* es un pistolero a sueldo de los que se utilizan principalmente en el interior del país por parte de los propietarios de plantaciones y los grandes latifundistas).

Debo confesar que estuve traumatizado durante un par de días. Pero mi análisis del incidente era muy superficial. Aunque comprendía que la reacción de los favelados era de lo más razonable desde el punto de vista de sus intereses, tendía a concentrar mi análisis en los riesgos que uno corre cuando no domina ni el idioma ni el contexto social en el que está trabajando. No podía ver en aquel momento que la polisemia de las palabras implicadas no era accidental, que existía una relación semántica estructural entre «investigación» como trabajo de la ciencia social e «investigación» como trabajo de la policía: dos formas diferentes de control social y de dominación de clase. Yo había puesto en tela de juicio mi comportamiento (había cometido un error), no a la ciencia en cuyo nombre yo actuaba. Si yo no hubiera fallado, el método científico no me habría fallado a mí. Dicho de otro modo: mi crítica de la ciencia moderna era abstracta e idealista; contemplaba la práctica científica de manera acrítica y, en consecuencia, los problemas que suscitaba los concebía como problemas personales o como problemas del contexto social. Y, tal como concebí el incidente, así fue la lección que saqué de él. El incidente había sido un accidente,

y yo aprendí a ser más competente en el uso de la ciencia, como única póliza de seguros de la que podía disponer frente a los riesgos de la investigación. Pero no me revelé contra la compañía de seguros, sino que, por el contrario, me sentí agradecido a ella por hacer que existieran las pólizas de seguros.

Sobre ser portugués

El subtítulo de esta sección debería ser: sobre la incompatibilidad casi genética entre ser portugués y ser un científico social en Brasil. Como he dicho antes, mientras me preparaba en Yale para el trabajo de campo que quería realizar en Brasil, fui gradualmente leyendo la bibliografía desde el punto de vista de las «víctimas» de la ciencia social: la visión desde el objeto. En un cierto sentido, esto resultaba muy fácil, ya que yo no estaba implicado activamente en producir ciencia. La estaba consumiendo, y la manera que había elegido para hacerlo era poco más que una estrategia de protección del consumidor. En Brasil, en cambio, era diferente, ya que estaba allí para producir ciencia, y para producirla dentro del modo dominante de producción científica. Al principio, como demuestra el incidente lingüístico anteriormente expuesto, sentía la necesidad de afianzarme como sujeto de la ciencia, como científico social. Esta necesidad la exacerbaba probablemente el impulso de enfrentarme a un conjunto complejo de estereotipos existente en Brasil en relación con los portugueses, que hacía que resultara bastante absurdo pensar en un portugués como sociólogo o antropólogo, en particular si iba a hacer investigación en campos que, hasta entonces, habían monopolizado casi por completo los científicos sociales norteamericanos. Conocía la existencia de los estereotipos, pero no era consciente de hasta qué punto estaban generalizados y eran profundas sus raíces. A continuación mostraré cómo funcionaban en toda la estructura de clases de la sociedad brasileña: en la sede de la Fundación Ford en Río; entre los abogados brasileños; entre los residentes de las favelas. Estos estereotipos merecen por sí mismos ser objeto de estudio: aunque en su origen no son neutrales con respecto a la clase, tienden a funcionar en todas las clases sociales, lo que los convierte en instrumentos privilegiados del discurso ideológico.

Dados los vínculos existentes entre el Programa de Derecho y Modernización y la Fundación Ford, se suponía que yo tenía que ponerme en contacto con esta institución en Río. Los primeros contactos fueron desastrosos, ya que se traslucía que el jefe supremo no pensaba que el proyecto de investigación valiera la pena y que, incluso si valía la pena, no debería realizarlo un portugués. Por lo visto había comentado que tenía «la peor impresión de los portugueses». Es evidente que en la Fundación Ford de Río no se consideraba que yo fuera ni un sujeto competente de la ciencia social ni un objeto razonable de la misma, porque presumiblemente no estaba suficientemente subdesarrollado. Era meramente un portugués, una categoría zoológica. No era éste un punto de vista aislado, pues en años posteriores encontré que el prejuicio contra Portugal y los portugueses estaba muy generalizado entre los científicos sociales estadounidenses que hacían investigación en Brasil. ¿Se debía a que la colonización portuguesa era considerada la «causa natural» del subdesarrollo brasileño? ¿Se debía a que

I Para una nueva teoría crítica del derecho

208

estos científicos transferían inconscientemente a los ex colonizadores su complejo de culpa respecto al imperialismo norteamericano en Brasil, del que, se quiera o no se quiera, formaban parte? ¿Se debía a que brasileños y norteamericanos, que tenían en común un pasado colonial, podían minimizar sus actuales relaciones de desigualdad coincidiendo en una misma actitud anticolonial?

En relación con mis amigos abogados, el estereotipo funcionaba de un modo diferente. La Facultad de Derecho de Coimbra, donde yo me había graduado y había enseñado, gozaba entre ellos de gran prestigio, por considerarla una de las universidades más antiguas de Europa y uno de los centros europeos de la ciencia jurídica. Para ellos, yo formaba parte de esta tradición, y toda contribución que pudiera hacer a la ciencia sería en el campo de la ciencia del derecho. Los estudios sociológicos y antropológicos del derecho eran un «lujo norteamericano», y deberían dejarse a los norteamericanos. Algunos de ellos habían intentado hacer estudios de este tipo, pero pronto los habían abandonado en favor de un estudio de ciencia jurídica, más prestigioso y más provechoso económicamente. Trabajar (y lo que era peor: vivir) en una favela resultaba especialmente ofensivo para mi estatus. Implicaba un verdadero desclasamiento, expresado sutilmente en el tono paternalista y medio humorístico que adoptaban para hablar de mi investigación. Lo aceptaban, o más bien lo toleraban, como otra más de mis excentricidades (junto con el hecho de que escribiera poesía o con la forma de vestirme, mi corte de pelo, etcétera).

Los residentes de las favelas, por su parte, habían mostrado ya sus prejuicios contra los portugueses en el incidente lingüístico. En la favela en la que me establecí, la gente no entendía, al principio, que un portugués, que por definición era un tendero, pudiera estar haciendo investigación sociológica. Incluso los líderes de la comunidad se mostraban perplejos. Para ellos, la investigación sociológica y antropológica de las favelas era por definición «americana», lo que significaba, naturalmente, estadounidense. Y, de hecho, desde principios de los años sesenta, la favela había estado bastante contaminada (como solían decir) de científicos sociales norteamericanos. Cuando traté de explicarles que yo estaba haciendo lo mismo, y a la vez algo bastante diferente, apenas podían entenderlo y, al principio, se mostraban bastante desconfiados. Tal como me dijeron mucho más tarde, tenían miedo de que, como la mayor parte de los científicos sociales norteamericanos, yo estuviera también implicado en el «desarrollo urbano», eufemismo utilizado por el Estado para amenazar a las favelas con su eliminación.

Pero, dialécticamente, el estereotipo funcionaba también en mi ventaja en más de un sentido. Para empezar, me protegía del estereotipo del científico social norteamericano. Conforme fui adquiriendo familiaridad con la gente de la comunidad, me hablaban (y me contaban cosas) de un modo que nunca lo harían con un científico social «de verdad» (es decir, «americano»). El espacio social que se me abría gracias a la estereotipación compensatoria me permitía conocer cómo veían los residentes de la favela a los científicos sociales norteamericanos. Sabían qué clase de cosas les interesaban a éstos (y de las que éstos querían hablar), y reaccionaban en consecuencia.

Frente al espejo. Relaciones entre las percepciones a las que llamamos identidad: haciendo investigación en las favelas de Río de Janeiro

Un día, un amigo mío me presentó a una persona «que sabía un montón de la favela y de los americanos». Sin esperar a mis preguntas empezó a hablar de la favela, de su situación geográfica, de los tipos de casas y de chabolas, de las ocupaciones de los residentes, etc. Era el suyo un discurso fluido, moldeado en una especie de lenguaje científico popular, que revelaba un conocimiento especializado de la comunidad. Yo estaba asombrado, y seguro de que quería impresionarme. Él terminó su discurso con una afirmación sorprendente: «Está usted haciendo investigación en la favela, ¿no es verdad? Los americanos han escrito sus libros sobre mis hombros». No pude evitar echarme a reír. Pero mi amigo me dijo más tarde que, fuera cierto o no, se pensaba que había ganado dinero hablando con los científicos norteamericanos. Volví a encontrarme con él más tarde, pero nunca volvió a mostrar entusiasmo por hablar conmigo. La razón más probable es que no me consideraba lo bastante científico como para merecer sus servicios especializados, o que nunca le ofrecí pagarle.

Este encuentro fue muy importante para mí principalmente por dos motivos. El primero es que ponía de manifiesto las deficiencias de la mayor para de los libros sobre metodología que, aunque se ocupaban de las diferentes técnicas para evitar la inducción de respuestas, dejaban fuera la fuente fundamental de esa inducción, al propio científico social como estereotipo viviente que reproducía un horizonte de expectativas. El segundo era que el informador con el que me había encontrado era un objeto de la ciencia social adiestrado y especializado que, en el curso del proceso, se había convertido en un casi sujeto (o en un sujeto «primitivo») de la ciencia social: en un objeto elevado a la categoría de sujeto. Profundizando más en el tema (¿llevándolo tal vez *ad absurdum*?) cabría imaginar que un ulterior desarrollo de las ciencias sociales podría llevar a un correspondiente desarrollo de su objeto. El grupo de los objetos (informadores) adiestrados y especializados podrían, si se ponían de acuerdo, actuar sobre la ciencia como grupo de presión, negociando una participación en los beneficios de la producción científica o, incluso, una participación en la configuración de los resultados de la investigación. Este escenario no es tan utópico como podría parecer. En antropología, quienes realizan trabajos de campo hace tiempo que se han visto ante problemas que apuntan en esta dirección.

Conforme progresaba mi investigación, el estereotipo acerca de los portugueses se iba haciendo cada vez menos determinante en mis relaciones con la gente, y mi inicial necesidad de afirmarme como científico social adquiría una importancia secundaria. Incapaz de verme a mí mismo, sin una gran dosis de hipocresía o de esquizofrenia, como objeto de la ciencia social, terminé por adoptar una postura de compromiso, situándome a medio camino entre el objeto y el sujeto de la ciencia (y por tanto en una posición intrínsecamente ambigua). Me sentía como una especie de muchacho de los recados que intentaba arreglar una prolongada disputa entre el objeto y el sujeto, una disputa que no había cesado desde los comienzos de las ciencias sociales en el siglo XIX. Esta incómoda posición fue el fundamento para el desarrollo de lo que podría llamar metodología transgresora.

I Para una nueva teoría crítica del derecho

210

Sobre la metodología transgresora

La relativa libertad respecto al estereotipo científico me ayudaba a crear el personaje que mejor se adaptaba a los objetivos de mi investigación. Desarrollé un respeto menos que moderado por las reglas de la ciencia convencional, en especial por las que llenaban los gruesos manuales sobre la observación participativa, a la sazón el método más de moda para la investigación empírica. Llegué a creer que era mediante la violación de las reglas como mejor entendía la realidad social: cuanto mayor era la violación tanto más profunda era la comprensión. No obstante, guardé al mismo tiempo la regla de oro de la observación participativa, y lo hice de una manera casi compulsiva: escribí acerca de mi vida cotidiana, hasta el mínimo detalle. Mantuve la distinción tradicional entre las fichas de la investigación y el diario, dejando para este último las cuestiones más íntimas, menos «científicas». Pero, en realidad, uno de los medios prolongaba al otro casi sin transición. Podía reproducirlo todo (incluidas las palabras) de manera tan vívida que lo que escribía era una auténtica transcripción de mi vida.

Cambié el enfoque de mi proyecto de investigación original poco después de empezar a vivir en la favela. Llegué al convencimiento de que las actitudes de los «pobres» respecto al derecho eran producto de las «actitudes» del derecho para con los pobres. Además, tal como estaba enmarcada, la pregunta de mi investigación era totalmente ideológica. En primer lugar, las «actitudes» eran el disfraz subjetivo de las condiciones objetivas bajo las que funcionaba el aparato judicial del Estado capitalista. En segundo lugar, el sistema judicial se convertía en fetiche al mismo tiempo que la base de su poder, el Estado, quedaba fuera del marco analítico. En tercer lugar, el tema de la investigación era un tema basado en el derecho y la pobreza y, en cuanto tal, se fundamentaba en un modelo de estratificación social de desigualdad. Por último, el proyecto se centraba en torno a la legalidad estatal, mientras que enfocar el pluralismo legal como una forma de conflicto de clases parecía más apropiado para mis intereses científicos del momento. Un estudio completo habría requerido, en consecuencia, un análisis de los modos de aplicar la ley en la comunidad y un análisis de las oficinas de asistencia legal de Río. Sin embargo, la falta de tiempo me obligó a centrarme en los primeros, que se basaban en gran medida en un enfoque del arreglo de las disputas.

Esta elección, por más que fuese clara, sólo la fui haciendo de manera gradual y con gran angustia, y después de pensarlo y repensarlo. De hecho, la elección nunca se cumplió del todo, ya que yo estaba básicamente (e inmoderadamente) interesado en una cobertura general del funcionamiento del sistema judicial en la sociedad brasileña, determinado por la clase. Seguí prestando mucha atención, y observando en detalle, el funcionamiento de los servicios de «Justicia Gratuita» de Río. Me impresionaba que algunos de los abogados que trabajaban en ellos, bajo estrictas limitaciones institucionales (era en tiempos de la dictadura), plenamente conscientes de que no podían cambiar el sistema de opresión de clase que el derecho reproducía, eran todo lo sensibles que resultaba posible ser, en tales circunstancias, a las necesidades de sus clientes. Mostraban un conocimiento práctico del derecho en la sociedad que era de hecho muy superior al de los am-

Frente al espejo. Relaciones entre las percepciones a las que llamamos identidad: haciendo investigación en las favelas de Río de Janeiro

biciosos jóvenes abogados brasileños que habían sido enviados a Estados Unidos para estudiar las más sofisticadas teorías sobre el derecho y el desarrollo y que, para desesperación de sus bienintencionados profesores mostraban, una notable incapacidad para aprender nada que fuera más allá de las habilidades necesarias para solicitar los empleos altamente remunerados que ofrecían las multinacionales norteamericanas que operaban en Brasil.

Las dificultades que encontraba para reconfigurar el proyecto de investigación producían a veces una parálisis que hubiera llegado a ser peligrosa si no le hubiera añadido entre tanto un proyecto alternativo, de carácter político, como consecuencia de mi radicalización política en el contacto con una dictadura más implacable que la que durante más de veinte años había conocido en mi propio país. Con sus escritos, los científicos sociales brasileños, en su mayor parte expulsados de las universidades, me ayudaron a entender la sociedad brasileña. Y también me ayudaron con su valentía política. Asistí al juicio de apelación de Caio Prado Júnior, uno de los científicos sociales más destacados de Brasil. Se le había declarado culpable de incitación a la subversión basándose en una entrevista que concedió a una revista estudiantil de la Universidad de São Paulo, en la que trataba de demostrar que, en aquel momento, no se daban las condiciones para la lucha armada en Brasil. El carácter subversivo de la revista lo «demostró» el fiscal leyendo partes de un artículo en el que «la guerra de Vietnam se explicaba desde una perspectiva antinorteamericana». Para mí, esto constituía una elocuente demostración del imperialismo norteamericano en Brasil.

Pero fue en el curso de largas conversaciones con líderes radicales de la favela donde más aprendí acerca de la opresión social y política bajo la dictadura militar. Estaba yo por entonces, en mayor medida de lo que jamás pudiera tener conciencia, atrapado en la distinción entre ciencia y política, y por tanto mantenía relativamente separados ambos proyectos. Todo lo que no podía utilizar en mi proyecto científico lo integraba en mi proyecto político, que era básicamente mi propia educación política y la de aquéllos con los que estaba en contacto. Había dejado de ser un científico social unidimensional, pensaba. Mi proyecto científico avanzaba paralelamente a mi proyecto político. De hecho se trataba de una ilusión producida por dos proyectos y autorías unidimensionales unidos de manera sumamente precaria. Mi actitud contenía, desde luego, una elevada dosis de diletantismo. ¿No era, al fin y al cabo, mi deseo de estar por encima de las clases (el intelectual *en libre flotación* de Karl Mannheim) el que me llevaba a veces a salir de la favela, irme a la playa de Copacabana y comer bien en un buen restaurante, con el fin de poder seguir soportando la dieta de arroz, judías y rabada del restaurante de Dona Aurora en Pasárgada? Sólo más tarde (y nunca del todo) entendí cómo deberían alimentarse los dos proyectos uno al otro si quería evitar el tan extendido síndrome esquizofrénico de los científicos sociales del momento: ser revolucionarios como activistas políticos y reaccionarios como científicos.

La construcción de una práctica social alternativa justificaba a mí entender la inevitable violación de algunas de las reglas del método científico. A título de

I Para una nueva teoría crítica del derecho

212

ilustración mencionaré sólo dos dilemas: ¿conversación «natural», u orientación deliberada de la interacción verbal en el trabajo de campo? ¿Plena participación con el consiguiente cambio del campo, o carácter primordial de la observación de los hechos?

En cuanto a la primera de las preguntas, yo era reacio a sacar a colación el tema de mi investigación mientras tenía la sensación de que sería una decisión unilateral, extraña al contexto del encuentro verbal y a la que forzaba a la persona con la que estaba hablando sobre la base de mi superior estatus social. Esta actitud se basaba en mi negativa a ver a los sujetos de la interacción abierta como objetos de una interacción secreta (entre mí y el «mundo de la ciencia»). También se basaba en la conciencia que tenía yo mismo de su «negativa» a ver en mí a un científico social (norteamericano) y, por tanto, en sus expectativas diferentes respecto a mi relación con ellos. Empecé a pensar que la función de control social que desempeñaba la ciencia moderna comenzaba con el carácter represivo del discurso verbal que imponía a sus objetos tanto en los cuestionarios como en las entrevistas. Estaba llegando a la conclusión de que, sobre la base de las mismas premisas de la producción material —esto es: la propiedad privada y la productividad orientada hacia el beneficio—, la producción de la investigación científica expropiaba el discurso autónomo del lenguaje cotidiano de sus objetos para construir su propio patrimonio de discurso científico que luego se utilizaba como una forma de poder social. Posteriormente, cuando analizaba los datos, me vi ante una especie de dilema retrospectivo: mi intento de adoptar una postura «políticamente correcta», y el grado de violación de las reglas de la investigación de campo que ello implicaba, me habían convertido en un científico social convencional en mayor medida de lo que estaba dispuesto a admitir entonces. Una distancia (mal) calculada respecto a la metodología convencional y a la política científica hegemónica, había acabado por mejorar mi «capacidad extractiva» y había enriquecido mis archivos con abundante y preciosa información. En rigor, conforme se habían ido desarrollando las amistades, me facilitaban información que la gente jamás habría soñado en proporcionar a ningún científico social norteamericano. La carga que me imponía la necesidad de no violar esta relación de amistad y confianza se hizo obsesiva posteriormente, cuando me vi constreñido en la camisa de fuerza de la ciencia moderna al escribir mi tesis doctoral. Hallaba un cierto consuelo únicamente pensando en que el conocimiento cuyo secreto se guardaba tenía una importancia crucial para la construcción del conocimiento que me permitía a mí mismo publicar. En todo caso, mientras realizaba el trabajo de campo, la pasión política, y al fin y al cabo meramente humana, por la metodología transgresora me cegaba respecto al hecho de que la riqueza de mi material de investigación era la prueba de que la hidra de la ciencia moderna podía crecer a través de las heridas de su cercenamiento.

La forma en que afronté la segunda pregunta, la cuestión del cambio del campo con el proceso de observación, era tanto consecuencia del sentido común como de un primordial propósito social o político. Si en el curso del arreglo de

una disputa, el presidente de la Asociación de Residentes requería la opinión de «nuestro amigo portugués», no podía negarme, en muchos casos, a dar esta opinión sin ofender a todos los participantes con lo que se interpretaría como una actitud arrogante. Si un grupo de líderes que tenían una reunión previa a las elecciones nacionales con «candidatos del asfalto» (expresión que significaba que se trataba de políticos extraños: que hacían campaña en la comunidad aunque no formaban parte de ella) me preguntaban mi opinión acerca de algún punto de estrategia política, como mínimo se sorprenderían si me negaba, después de todo el tiempo que habíamos pasado hablando de política. Si un marginado – un hombre de mediana edad mortalmente asustado, que se ocultaba en la favela y que tenía ganas de volver a una «actividad menos dura y más honrada» (por ejemplo la de traficante de drogas), tras haber oído que su nombre estaba en las listas de los escuadrones de la muerte por haber matado a dos policías— me pedía, después de que me lo presentara un amigo mío, que le ayudara a encontrar un buen abogado, no podía negarme sin quebrantar las reglas de la amistad y la solidaridad.

Cualesquiera que sean los motivos inmediatos, la decisión de «cambiar el campo» siempre tenía implicaciones políticas. Conforme avanzaba mi investigación se puso en claro que, en algunos casos, la decisión políticamente correcta consistiría de hecho en no cambiar el campo. Mencionaré a título ilustrativo mis relaciones con los asistentes sociales que trabajaban en la comunidad. En el momento en que realizaba mi trabajo de campo existían fuertes tensiones entre la Asociación de Residentes y el Centro Social de la Fundação Leão XIII, que originalmente había sido una organización de la Iglesia, pero que por entonces estaba ya integrada en los organismos estatales de asistencia social. Las tensiones surgieron debido a la resistencia de la Asociación de Residentes frente a las leyes que se acababan de promulgar y que daban a los asistentes sociales de la Fundação el control de algunas actividades de la comunidad. Los asistentes sociales, que eran totalmente insensibles a la crudeza de su intromisión en la autonomía de la asociación, trataron de utilizar mi autoridad para que influyese en el presidente de la Asociación de Residentes y «le indujera a cambiar su estúpida actitud». Revestí mi respuesta con el ropaje científico y les dije que, en mi calidad de científico social, se suponía que no debía alterar el campo, argumento que les abrumó, aunque no lo entendieran. De hecho puse a disposición de la Asociación de Residentes el conocimiento que tenía de la estrategia de control social que seguía el centro, y les animé a seguir resistiendo.

Otras experiencias de índole más personal –que difícilmente podían considerarse «cambios en el campo»– reflejaban, en su nivel más profundo, la ambigüedad de mi actitud respecto al «campo». Dicho de otra manera: traicionaban tanto al científico social residualmente convencional que había en mí como la naturaleza clasista de mi presencia en la comunidad. La mejor ilustración la proporcionan mis «experiencias religiosas» y, en particular, mi participación de las sesiones de *Umbanda* (*Umbanda* es un culto afro-católico que se practica ampliamente en las favelas de Río y que, en cierto sentido, cabe considerar una «religión de los oprimidos»). El ritual, más que el carácter de clase de esta religión, fue deter-

I Para una nueva teoría crítica del derecho

214

minante para poner de manifiesto la contradicción interna de mi presencia en el círculo religioso. En las sesiones de *Umbanda*, la solidaridad comunal se producía mediante la identificación religiosa, y el medio adecuado de esta última no era el discurso verbal, al que yo estaba acostumbrado, sino más bien un «discurso total», una especie de experiencia apocalíptica en la que participaba la personalidad individual como un todo y se fundía en la personalidad colectiva del ritual como proceso viviente en curso. La retirada a la observación, es decir, a la ciencia, era un mecanismo de defensa contra el miedo que sentía de perder el control de mí mismo. Pero conservaba la suficiente claridad mental para observar que los *crentes* consideraban que mis esfuerzos por conservar el control revelaban precisamente que yo estaba fuera de control, porque sólo una persona que estuviera loca podía rechazar la invitación del *Pai-de-Santo*² de unirse al grupo y alabar colectivamente a Dios y Sus Santos. No había, así pues, lugar para una implicación a medias o participación parcial. O bien me paralizaba la arrogancia o me hincaba de rodillas pidiendo clemencia. En una situación como ésta, la mistificación estructural sobre la que se basa la observación participante tenía que revelar su dilema con plena claridad: si observas no ves; si participas no recuerdas. Este dilema formaba, en rigor, parte de mi experiencia religiosa. En consecuencia hubo algunas sesiones de *Umbanda* en las que me encadené al mástil de observación, mientras que en otras sesiones quemé el mástil, al científico, las cadenas, y dejé que las cenizas se dispersaran en una colectiva orgía de armonía. En estos últimos casos, la metodología transgresora no formaba parte de mi plan: era algo que ocurría y yo «ocurría» con ello.

En las sesiones pude «observar» que la intimidad del grupo y la autenticidad del acontecimiento religioso se veían interrumpidas por la intrusión del científico social. Yo no era un observador neutral: era un policía, tanto más cuanto más pretendía hacer hincapié en mi «neutralidad». Debido a mi presencia física, a mi vestimenta, a mi postura, etc., era un extranjero y un espía, un disidente y un elemento perturbador, y sólo se me toleraba porque pertenecía a la clase hegemónica. Con frecuencia me veía como un turista con un traje de baño *sexy* visitando la iglesia del pueblo durante los servicios religiosos. De hecho todo lo que hacía tenía la connotación de un intruso: el sitio que ocupaba en espacio de la ceremonia, mi relativa inmovilidad, el distanciamiento que mantenía en momentos especialmente cruciales, mi negativa a participar en determinados actos del ritual. Toda mi actitud era una especie de uniforme abstracto, tan inadecuado como el hábito del misionero que observa las celebraciones religiosas en medio de la «jungla» africana. Y, en rigor, hablando simbólicamente, mi actitud era tan blanca como el hábito del misionero (o como la bata del médico). Representaba tanto la posición aséptica desde la que, como Pilatos, podía observar el horrible submundo, como la blancura mecánica de la novia encadenada, como Prometeo,

² El *Pai-de-Santo* es el oficiante masculino en las religiones de origen africano (*Umbanda* y *Candomblé*). Es el depositario de la tradición del conocimiento, la cultura y los ritos, al no haber textos sagrados escritos. *Mãe-de-Santo* es la oficiante femenina (N. del E.).

a su arrogante virginidad. Era también una blancura triunfalista, puesto que no parecía ver peligro de contaminarme. A semejanza del médico, o del sacerdote hegemónico, yo estaba allí para curar, o al menos para reunir los datos sobre los que pudiera planificarse una cura.

Mis «blancas» presencia y actitud no tenían sin embargo nada que ver con los blancos ropajes de los médicos y de la *Mãe-de-Santo*. La suya era una blancura ofrecida en holocausto, dispuesta a mancharse, lo que literalmente ocurría durante las sesiones. Mi blancura, por el contrario, ocultaba su debilidad detrás de su derecho hegemónico a establecer las reglas del juego, y a hacerlo de manera tal que nunca perdiera. El conflicto radical entre los dos modos de ser blanco constituía una especie de abismo religioso que apenas disimulaba el conflicto de clases subyacente. El hecho de que, a pesar de ser un intruso y de estar en minoría absoluta en el grupo, este último fuera capaz de tolerarme, muestra de manera evidente que la religión a la que yo pertenecía era también la religión de la clase hegemónica. En consecuencia, aunque la observación era recíproca, yo observaba al grupo con arrogancia (imperialistamente), mientras que el grupo me observaba con impotencia.

Lo que antecede muestra que mi observación sólo era neutral en apariencia. En términos reales era una observación hostil. Interpreté como firme evidencia de esto el hecho de que, durante las sesiones, y con independencia del lugar que ocupase en la estancia, solía verme rodeado por los elementos casi marginales del grupo religioso: gente joven, siempre dispuesta a tomarse en broma el ritual; gente menos motivada que asistía por curiosidad; nuevos conversos que tenían todavía miedo de participar demasiado intensamente. Puede también ocurrir que fuese yo, en vez de ellos, quien tomara la iniciativa de colocarme cerca de los elementos que tenían más posibilidades de desacreditar y poner en tela de juicio la religión «bajo observación». Sea como fuere, mi observación se asociaba con el eslabón más débil del proceso social que se estaba observando. Es decir, mi observación «neutral» era entorpecedora, y sabía cómo potenciar al máximo el entorpecimiento. La neutralidad del científico social era un modo de neutralizar la realidad social.

Lo que había de trágico en todo esto es que, al final de las sesiones de «observación» pude cumplimentar muy nítidamente mi lista previa de cosas a observar, pero difícilmente encontraba alguna relación entre mis notas y lo que realmente había acontecido en la sesión. Y más trágico todavía era que esto no me sorprendía en lo más mínimo. Durante las sesiones, la observación fue recíproca. No sólo porque el grupo me observaba a su vez, sino también porque yo mismo observaba mi propia observación. Y, al hacerlo, la estaba saboteando. Mi observación resultaba impotente frente a mi arrogancia.

Por el contrario, en las sesiones de *Umbanda* en las que sí participé llegué a ser, más o menos, un miembro más del grupo. Había algunos factores perturbadores relacionados con la clase, tales como mis ropas y el color de mi piel. Pero estos elementos, que en las sesiones en las que me había limitado a «observar» habían sido parte integrante de un todo coherente, y no habían sido individual-

I Para una nueva teoría crítica del derecho

216

mente perceptibles, se convirtieron en las sesiones «participativas» en apéndices extraños, en accesorios anacrónicos, que flotaban alrededor en una búsqueda frenética de la identidad perdida. Tenía que olvidarme de ellos antes de que los otros miembros del grupo pudieran hacer lo mismo. Unas veces pude conseguirlo y otras no. Reificado como estaba por la división del trabajo característica de la ciencia moderna, tendía a verme en estas sesiones como alguien que estaba de vacaciones, haciendo terapia, o asistiendo sencillamente a los servicios de mi religión, pero nunca podía verme trabajando o estudiando. Debo confesar que consideré las sesiones «participativas» perdidas para mi investigación. De hecho, cuando después de una sesión de éstas intentaba repasar mi lista de comprobación (*checklist*), el esfuerzo se me antojaba ridículo, o incluso macabro. No recordaba en absoluto (o sólo vagamente) los detalles que se suponía que tenía que comprobar. Cuanto más «importantes» eran tanto más total era el vacío en el recuerdo. El efecto era también macabro. Es como si después de haber participado en una experiencia amorosa estuviera diseccionando cadáveres en el anfiteatro anatómico. La riqueza de la experiencia nada tenía que ver con las palabras rígidas, muertas, de la lista de comprobación. Llegué en rigor al convencimiento de que el criterio de observación implícito en la mayor parte de las listas de comprobación que había consultado tendía a orientar la atención del investigador hacia la dimensión técnica de la vida social, al aparato externo con el que las cosas se confrontan con otras cosas, y de que éstos eran los aspectos que resultaban menos importantes una vez que la participación había adquirido su propia dinámica. Las listas de comprobación eran mecanicistas en su construcción, y tendían a imponer una visión mecanicista de la realidad social. La búsqueda de neutralidad y de mantenimiento del control por parte del científico social era el equivalente estructural de la dimensión técnica y del aparato externo de la realidad social. Y en la misma medida en que toda perspectiva mecanicista implicaba una ideología expansionista y una voluntad de dominación, la neutralidad del investigador era un modo de neutralizar la realidad social sometida a análisis. Y lo que es más: llegué a la conclusión de que el investigador sólo puede conseguir el control de sí mismo por medio del control de los demás.

Los tipos de violación de las reglas que la metodología transgresora hacía posibles mostraban que esta era, en última instancia, un intento de liberar al objeto de la ciencia liberando al científico de la ilusión del autocontrol. Ahora resulta muy fácil hablar de metodología transgresora. Pero en la época en la que yo estaba terminando mi investigación de campo las cosas estaban bastante menos claras. Ante la presión (tanto interior como exterior) que sentía de mostrar que había merecido el dinero invertido en mi investigación, me sentía muy angustiado y perdido. El material extraordinariamente rico que había reunido parecía ser suficiente, e incluso innovador, para casi cualquier tema para una tesis, excepto para el tema del que se suponía que yo tenía que escribir. Cuando me marché de Brasil, dudaba mucho de que tuviera datos suficientes para escribir un artículo aceptable, y mucho menos una tesis doctoral. Dudaba incluso de que tuviera datos en absoluto. Tan sólo sabía que había pasado por una experiencia personal y

políticamente importante. Pero, incluso esto trataba de olvidarlo, con el fin de ser capaz de adaptarme de nuevo a la vida y el trabajo en la sede de la ciencia moderna y, de entre todos los lugares, en Yale.

Sobre el trabajo

De vuelta en Estados Unidos, y privado del contacto diario con la favela, mi relación escrita pasó gradualmente a ser la instancia controladora principal de mi referencia al pasado. Los «datos» empezaron entonces a emerger de lo que había sido una experiencia total «indatificable». Como si la ciencia, cual un Ave Fénix, renaciera de las cenizas de la pasión. Pero, el espacio abierto que así se creaba para el desarrollo científico se vio sacudido hasta las raíces por un incidente particular. Casi por casualidad llegó a mi conocimiento que el Programa de Derecho y Modernización, como otros muchos programas por todo el país, estaba financiado por el Departamento de Estado. Fue un gran golpe para mí y para algunos otros estudiantes graduados extranjeros. Nunca se me había ocurrido preguntar por la fuente de financiación y, retrospectivamente, me sentí ingenuo y estúpido por haber dado por supuesto, sin pensar en ello, que el dinero importante que costaba podía surgir de ningún sitio. La ingenuidad y la estupidez no eran, sin embargo, rasgos «innatos» de mi personalidad, sino más bien la consecuencia de mi socialización científica en un país en el que las ciencias sociales habían estado proscritas durante muchos años, y en el que cualquier proceso realmente científico que se llevara a cabo parecía estar dominado por relaciones de producción científica pre-capitalistas, dentro de las cuales cabía pensar creíblemente que el científico era verdaderamente un productor de ciencia autónomo. Yo, personalmente, no había puesto nunca en tela de juicio tal ideología y, en Portugal, antes de mi experiencia en Estados Unidos, siempre me había visto a mí mismo como un productor de ciencia autónomo, al que le pagaban por enseñar pero no por investigar. En verdad, la determinación de clase de mi proceso de trabajo como «científico del derecho» era tan compleja y contradictoria que mi autonomía resultaba una experiencia convincente y, como tal, una experiencia vivida. Es probable que este hecho también tuviera que ver con el contraste entre mi fuerte reacción de indignación y la de otros estudiantes izquierdistas de países «más desarrollados». Estos últimos estaban en efecto más preparados para aceptar los hechos cínicamente y sacarles provecho.

Mi socialización y antecedentes científicos tenían también que ver con que yo tratara toda la cuestión como una cuestión ética, dejando en la penumbra la base material del proceso científico en el que estaba participando. En consecuencia, mi indignación moral se volvió contra el paciente director del programa. La crítica principal que yo le hacía era que debería habernos dado a conocer, desde el principio, cuál era la estructura financiera del programa. El director, aunque era buen amigo, estaba perplejo y ofendido por mi reacción. En su opinión había que aceptar como un hecho dado que hoy en día no se puede hacer ciencia social a menos que exista financiación para ella. Así pues, la cuestión atañe principalmente a las condiciones que imponga la institución financiadora. No hay ninguna

I Para una nueva teoría crítica del derecho

218

diferencia en que esa institución sea la Universidad de Yale (que obtiene su dinero de operaciones en el mercado de valores), la Fundación Ford o el Departamento de Estado. Y se tomó grandes molestias para demostrarme que en este caso no se habían puesto condiciones para la financiación, incluso me facilitó una copia del acuerdo en el que se basaba.

No me convenció realmente, y seguí pensando que se nos había ocultado la fuente de la financiación con el fin de evitar nuestras reacciones. Tuvieron lugar entonces largas discusiones con el director y con otros profesores de Yale que participaban en el programa, por un lado, y con estudiantes de posgrado y académicos extranjeros por otro. Estos últimos resultaron ser los que tuvieron mayor influencia en mis reacciones subsiguientes.

Constituíamos un grupo heterogéneo en cuanto a los países de origen y a nuestros intereses intelectuales, pero la mayoría de nosotros compartíamos actitudes políticas izquierdistas y una postura crítica respecto al imperialismo norteamericano. Después de discutirlo mucho, pudimos clarificar nuestros puntos de vista sobre la utilización imperialista de las ciencias sociales y definir nuestra postura en relación con el Programa de Derecho y Modernización. En primer lugar, afirmamos, la ciencia social establecida en las sociedades capitalistas avanzadas reproduce, de un modo muy específico, la estructura de dominación clasista, tanto interiormente como en el plano internacional, y el programa era parte de este proceso. En segundo lugar, esa reproducción, lejos de limitarse a la utilización política de los resultados científicos, implicaba al aparato teórico de la ciencia social, sus herramientas metodológicas, la conceptualización de la realidad social e incluso, probablemente, a sus fundamentos epistemológicos. En tercer lugar, en estas circunstancias, la cuestión de las condiciones que se ponían a la financiación de proyectos de investigación concretos era, al menos en parte, una falsa cuestión, puesto que limitaba el tema de la determinación política únicamente al ámbito de los resultados científicos. Desempeñaba sin embargo un importante papel, ya que establecía las condiciones que hacían creíble la ideología liberal en la ciencia, dentro del modo dominante de producción científica. En cuarto lugar, la ideología del liberalismo era internamente contradictoria, y era gracias a sus contradicciones como la ciencia social radical podría establecer su práctica dentro de las sociedades de clases. En otras palabras: la autonomía residual que le concedía al científico la ciencia moderna podría utilizarse para construir una alternativa radical a la propia ciencia moderna. ¿Era esto una reevaluación razonada o una racionalización desesperada?

Dado que en el Programa de Derecho y Modernización nos habían concedido autonomía científica liberal en cuanto a la «elección» de los temas para la investigación, aunque dentro de los límites preanunciados del Programa, dado que algunos de nosotros habíamos cambiado nuestros proyectos de investigación una o dos veces y nadie había controlado nuestros resultados científicos ni ejercido presión sobre nosotros para que ofreciéramos recomendaciones respecto a políticas, se daban las condiciones para que convirtiéramos nuestra indignación moral contra el imperialismo científico en resuelta energía científica y política.

Frente al espejo. Relaciones entre las percepciones a las que llamamos identidad: haciendo investigación en las favelas de Río de Janeiro

219

Unos pocos de nosotros empezamos a leer y discutir a Marx de una manera más sistemática, y se organizó una especie de contracurso sobre el análisis marxista del imperialismo. Dos de nosotros asistíamos al único curso de postgrado «oficial» sobre el marxismo que a la sazón ofrecía en Yale y que impartía Leon McBride. Como yo estaba convencido de que la lógica de Hegel era más importante que ninguna otra cosa para la comprensión de las raíces del método dialéctico de Marx, asistí asimismo a un seminario sobre esta disciplina impartido por J. Finlay –distinguido hegeliano que enseñaba por último año antes de jubilarse– y pasé parte del semestre leyendo la *Ciencia de la lógica*. Durante los tres años siguientes estudié sociología y ciencia política casi obsesivamente, me matriculé en tantos cursos como pude acoplar teniendo en cuenta el tiempo que tenía que dedicar a mi tesis y, para poder hacerlo, las jornadas de trabajo de dieciséis horas se convirtieron en una especie de rutina dulcemente monstruosa.

Con el paso del tiempo, la subsiguiente clarificación teórica hizo que me resultara más fácil distinguir entre la organización institucional del programa y las personas que lo administraban. Estas últimas respetaban mis sentimientos, toleraban mi ocasional arrogancia, y acabaron siendo mis mejores amigos. La manera de integrar los nuevos desarrollos teóricos con los datos empíricos procedentes de mi investigación en Brasil representaba un esfuerzo mucho más difícil. Uno de los problemas que planteaba era de índole directamente política, y se refería al temor de que los datos de mi investigación, una vez que estuvieran fuera de mi control, pudieran ser utilizados con fines imperialistas. Ahora, desde la distancia, este temor casi obsesivo parece bastante desproporcionado, dada la naturaleza de los propios datos. Pero en aquel momento sólo pude calmar la angustia que me producía tal posibilidad cambiando los nombres, las cifras y las localizaciones, con el fin de evitar la identificación de la comunidad y, además, mediante una cuidadosa selección de los datos que permitiría utilizar en el análisis.

En vista de la nueva postura que había adoptado sobre la ciencia moderna como posible instrumento del imperialismo, mis datos cambiaban de estatus o naturaleza política y científica. Los datos más interesantes de acuerdo con mis propósitos teóricos originales resultaban ser los políticamente más delicados, y fueron eliminados del análisis. Por ejemplo, aunque conocía las actividades clandestinas, antifascistas y comunistas que se desarrollaban dentro de la comunidad (así como en el interior de la Asociación de Residentes), no utilicé estos datos a pesar de su pertinencia para entender la forma en que funcionaba el sistema legal de la comunidad, que era el tema fundamental de mi investigación. De hecho tuve que ejercer un doble control sobre mis datos, ya que, como he dicho antes, los pasargadianos me habían proporcionado información que no habrían revelado a alguien que encajara en su estereotipo del científico social norteamericano.

La prioridad dada a los criterios políticos en la selección de los datos era concebida ambiciosamente como parte de una lucha antiimperialista en el plano de la ciencia social. Pero la puesta en práctica de esa prioridad era recurrente fuente de estrés psicológico que, a veces, conducía a la parálisis. Sabía demasiado como para escribir una tesis que pudiera publicarse, y sabía demasiado poco para

I Para una nueva teoría crítica del derecho

220

publicar una tesis que pudiera escribirse. Ante el dilema que se me planteaba en esta coyuntura, casi por casualidad Max Gluckman me proporcionó una orientación preciosa. En relación con los problemas con los que se enfrentaba el investigador que hacía trabajo de campo, Gluckman, en un texto que cayó en mis manos entonces, señalaba que «[el antropólogo] tiene que esclarecer continuamente el papel que él mismo desempeña en la sociedad que está estudiando, de modo tal que ni se mantenga por completo ignorante de lo que acontece fuera, ni quede encerrado en el centro, donde sabe tanto que no puede publicar nada» (1967: XVIII). Esta cita, así como todo el texto del que está tomada, mostraba que Gluckman, indiscutible autoridad en este campo, tenía una aguda conciencia (si bien acompañada de impotencia) de los dilemas y ambigüedades de los métodos establecidos de la investigación de campo, tal como hemos expuesto anteriormente en la sección dedicada a la metodología transgresora. Quedar o no quedar «encerrado en el centro» no era un mero dilema político, como pudieran implicar mis elucubraciones. Es también un dilema del conocimiento y, mientras que a Gluckman le preocupaba que pudiera publicarse, mi preocupación era el conocimiento que «pudiera escribirse» y que «pudiera publicarse». Era un dilema que parecía tener por lo menos tres facetas: la faceta del tiempo, la faceta de la ignorancia y la faceta de la perspectiva.

Faceta del tiempo: el conocimiento escrito parecía ser un conocimiento rumiado o, más bien, aplazado. Se basaba en una distancia temporal entre el cognoscente y el objeto conocido, y carecía en consecuencia de la intensidad del conocimiento instantáneo (el conocimiento práctico en el momento mismo en que se ejerce). Mientras se está en el centro –y el centro es una categoría tanto espacial como temporal– de una práctica determinada, se necesita un conocimiento instantáneo para orientar la propia acción en todo momento, y se tiende a mostrar impaciencia con toda forma de conocimiento *a posteriori* que pretenda saber todo sólo después de que todo se haya convertido en nada en cuanto a la acción social continuada. Sin embargo, establecer los límites del conocimiento rumiado no significa considerar inútil en general la «facultad de rumiar». Por el contrario, cabría decir del hecho de escribir lo que Nietzsche decía en la *Genealogía de la moral* de la lectura de sus propios escritos:

Es necesaria una facultad –hoy por desgracia perdida– para la práctica de la lectura como arte: la facultad de rumiar, que poseen las vacas pero de la que el hombre carece. Por esto es por lo que mis escritos, por algún tiempo todavía, resultarán difíciles de digerir (1956: 157).

Faceta de la ignorancia: hay un nivel crítico de ignorancia por debajo del cual resulta imposible escribir. Con el fin de poder escribir acerca de algo hay que ignorarlo hasta un cierto punto. Escribir es objetualizar, y esto presupone y crea ignorancia sobre el objeto. Por el contrario, «estar en el centro» implica una suprema identificación (supresión de la distinción sujeto/objeto del conocimiento). Y, por tanto, escribir desde esa perspectiva implica un proceso de desviación, una

Frente al espejo. Relaciones entre las percepciones a las que llamamos identidad: haciendo investigación en las favelas de Río de Janeiro

especie de traición. El filósofo francés Gilles Deleuze se referiría a esta problemática de una manera mucho más radical (y desde una perspectiva distinta) al escribir:

¿Como se puede escribir excepto acerca de lo que no se conoce demasiado bien? Sólo entonces cabe imaginar que se tiene algo que decir. Uno no escribe sino en los límites de su conocimiento, en los límites extremos que separan su conocimiento de su ignorancia y que convierte al uno en la otra. Sólo de ese modo está uno decidido a escribir. Vencer la ignorancia es aplazar la escritura, o incluso hacerla imposible (1968: 4).

Faceta de la perspectiva: escribir acerca de algo significa escribir desde el lateral de ese algo, nunca desde el centro. Por esto es por lo que la perspectiva es la esencia del hecho de escribir. Por el contrario, el centro carece de perspectiva, ya que la evidencia de la totalidad subvierte todo intento de definir los perfiles. Quien estuviera en el centro se encontraría en la misma situación que el Hombre de la Campana en el poema de Lewis Carroll «La caza del Snark»:

De qué sirven el Polo Norte y los Ecuadores, los Trópicos,
¿Zonas y Líneas Meridianas de Mercator?
Así gritaba el Hombre de la Campana y respondía la
tripulación.
¡Son meros signos convencionales!»
¡Otros mapas tienen tales formas, con sus islas y cabos!
Pero nosotros tenemos a nuestro bravo capitán a quien
agradecer.
(afirmaba la tripulación) que nos haya traído el mejor:
¡Un perfecto y absoluto mapa en blanco! (1976: 760-761)

Estas diferentes facetas del dilema se me ocurrieron, por primera vez, como una confrontación negativa entre los datos y la teoría. La pregunta era: ¿cómo podía la teoría enfrentarse a los datos sin devenir autodestructiva?

En vista de la índole de mi desarrollo teórico después de completar la investigación de campo, los datos «sufrieron» varias transformaciones deconstructivas y reconstructivas, que fueron asimismo posibles gracias a la metodología transgresora que había adoptado durante el trabajo de campo. El proceso implicaba, no obstante, una doble integración entre la teoría y los datos. Por una parte, mi metodología transgresora se había basado en una teoría transgresora «espontánea», oculta, sin desarrollar y, en gran medida «intuitiva». Conforme desarrollaba esta última se hizo necesario reconstruir no sólo los datos, sino también la metodología que los había producido. La metodología transgresora tenía que coincidir con la teoría transgresora a un nivel superior de coherencia. La estructura temporal de este proceso era sumamente compleja, puesto que el desarrollo teórico emprendido en el presente reclamaba una continuación imaginaria (pero no obstante real) de la investigación de campo realizada sobre el registro escrito según una metodología transgresora progresista. El registro se

I Para una nueva teoría crítica del derecho

222

convertía, así pues, en registro del pasado (como escrito) y del presente (como reescrito).

Por otra parte, dadas las limitaciones de la reconstrucción de los datos mediante este proceso —los datos se recogen dentro de un objeto teórico dado, en este caso los patrones del arreglo de las disputas; los cambios dentro del mismo objeto sólo conducían a cambios dentro de los mismos datos—, la integración se daba también entre los distintos niveles teóricos que requerían los datos. Más concretamente, la cuestión era cómo integrar una teoría marxista general con las teorías del arreglo de disputas. Esta cuestión se fue resolviendo gradualmente, pero sólo en parte, mediante los datos que había recogido sobre el funcionamiento del sistema judicial del Estado en relación con los asentamientos chabolistas, otro caso en el que resultaba beneficioso el carácter no cerrado de la investigación de campo. Fue así posible integrar el objeto estricto del arreglo de las disputas en el objeto más general del pluralismo legal, y abrir sobre este terreno medio el espacio teórico que permitiera un análisis marxista del derecho en una sociedad capitalista.

En el primer trabajo que escribí sobre mi investigación había yuxtaposición más que integración de los diferentes objetos teóricos. En la primera parte del trabajo traté de desarrollar una teoría de la evolución de la legislación estatal sobre las favelas. La teoría se proponía explicar cómo la intervención estatal no había intentado resolver el problema estructural de los asentamientos urbanos chabolistas, sino que, en vez de ello, había tratado de controlar las tensiones sociales surgidas de la continuada falta de solución de este problema. Esta teoría, a la que presuntuosamente llamé dialéctica negativa del derecho, era mi primer intento de ofrecer una alternativa radical a las teorías del derecho y el desarrollo: yo proponía una teorización del derecho como obstáculo para el cambio social (Santos, 1971). En sucesivos borradores de mi tesis doctoral traté de llegar a una integración más completa entre los patrones de arreglo de las disputas, el pluralismo legal y el marxismo, sin poder conseguirlo nunca por completo. Este fracaso se debía a un complejo conjunto de razones.

En primer lugar, no existía (en aquel momento) ninguna teoría marxista coherente del derecho en la sociedad. Las referencias fragmentarias de Marx a este tema se ocupaban exclusivamente de la legalidad del Estado en las sociedades capitalistas modernas. No existía prácticamente ninguna teorización marxista de la legalidad «informal» o «no oficial» en las sociedades capitalistas, ni del pluralismo jurídico, ni del derecho en las formaciones sociales precapitalistas. En segundo lugar, aunque las teorías jurídicas antropológicas del arreglo de las disputas habían perdido entre tanto su atractivo por no conseguir situar a las comunidades en su contexto político general, yo seguía aferrado a un análisis detallado de la legalidad de la comunidad, ya que consideraba que un análisis semejante podía conducirme a esclarecimientos sociológicos de un alcance mucho mayor. Esa estrategia, sin embargo, chocaba con el énfasis sobre el pluralismo jurídico, que era el terreno que yo había escogido para construir una teoría marxista del derecho en Pasárgada.

Después de un largo proceso de prueba y error alcancé un compromiso inestable. Comencé por analizar el arreglo de las disputas y las pautas de prevención a través del estudio de la retórica jurídica –esta última parecía ser la estrategia más adecuada para desvelar la estructura básica del derecho en Pasárgada– y recurrí luego al análisis del pluralismo jurídico dondequiera que ello contribuyese a iluminar el funcionamiento de la retórica jurídica en Pasárgada. El recurso a la retórica jurídica simbolizaba asimismo mi venganza personal contra la formación elitista en filosofía del derecho que había recibido en Portugal y en Alemania Occidental. En rigor intentaba aplicar la reconstrucción filosófica más sofisticada de unos sistemas judiciales continentales y un dogmatismo jurídico altamente desarrollados a un contexto sociojurídico (la favela) que, desde ese punto de vista (de los sistemas jurídicos oficiales y del dogmatismo jurídico positivista) era una ocupación ilegal por parte de grupos desviados que vivían al margen de la sociedad.

Por otra parte, la situación del pluralismo jurídico se concebía en términos marxistas como un intercambio desigual entre un sistema jurídico dominante (oficial) y otro dominado (no oficial), que reproducía, de una manera específica, las relaciones y conflictos de clase existentes en la sociedad brasileña. Pero no fui capaz de teorizar el impacto de este pluralismo jurídico sobre el funcionamiento de la retórica jurídica en el derecho de Pasárgada.

Sobre el tráfico 2

En 1972, unos amigos que a la sazón trabajaban en la Universidad Católica de Río, me invitaron a dar un curso sobre la sociología del derecho. Llevaba conmigo el secreto proyecto de volver a la favela y discutir con los residentes los resultados de mi investigación, organizando finalmente una reunión pública en la Asociación de Residentes. La idea era, en consecuencia, devolver el estudio a la comunidad, el sueño más acariciado por los científicos sociales radicales a finales de la década de 1960 y comienzos de la de 1970.

En la primera visita que hice a la comunidad, mi primer contacto fue con la policía a la entrada principal de la favela. Comprobaron mi pasaporte y me interrogaron. Posteriormente supe que las redadas policiales se habían convertido en una experiencia diaria en las favelas. No tardé en llegar a la conclusión de que mi sueño, si es que no era imposible, como todos los sueños, era absurdo. La razón más evidente de ello era de índole política. Desde 1970, a pesar de que la retórica oficial decía lo contrario, se había producido un aumento de la represión política, y la búsqueda de «comunistas» en las favelas era un hecho cotidiano, y fuente de angustia para los perseguidos y sus familias. Las asociaciones locales se habían convertido en objetivos privilegiados de la infiltración policial y de la represión política y, por tanto, el tema de la organización de la comunidad se había vuelto sumamente explosivo. En tales condiciones, era completamente imposible tener una discusión pública sobre el tema de mi investigación.

Pero, aunque hubiera sido posible, habría resultado ser un ejercicio absurdo. En el curso de las pocas discusiones que tuve en privado con mis amigos de

I Para una nueva teoría crítica del derecho

224

la comunidad se puso claramente de manifiesto que mis hallazgos eran para ellos evidentes o irrelevantes. Por una parte cuando se los «expulsaba» de su cueva teórica y quedaban expuestos a la luz del lenguaje normal, mis datos se desvanecían, se disolvían en la poco interesante red de las experiencias, esperanzas y frustraciones cotidianas de mis amigos. Por otra parte, mis teorías –presentadas como mis interpretaciones– eran totalmente irrelevantes para las necesidades de la comunidad, y no encajaban con las difíciles condiciones en las que se estaba desarrollando a la sazón la estrategia de supervivencia de la comunidad.

Dicho de otra manera: mis teorías nada decían de la cuestión omnipresente sobre qué hacer. Y mis esfuerzos para darle respuesta sobre la base de mis compromisos políticos fueron recibidos con escepticismo, ya que mi «radicalismo» era de escasa utilidad para gente que estaba luchando en una situación de represión política fascista. En otras palabras: yo no era parte de su lucha.

Al tratar de analizar el fracaso de este intento, bastante ingenuo, de lavar mi pecado original de la ciencia social moderna, llegué a las siguientes conclusiones. Primera: habiendo decidido evitar el análisis político por temor a que mis recomendaciones, una vez sacadas fuera de contexto, pudieran utilizarse contra los *favelados*, eliminé la única base sobre la que los resultados de mi investigación podrían haber sido entendidos y discutidos en concreto y en términos prácticos, dentro de la favela. Segunda: el impacto que la comunidad había producido en mí durante la investigación de campo se había debilitado al volver yo a Estados Unidos y encontrar refugio en el templo de la ciencia. Al retirarme a la ciencia, la favela retrocedió y se convirtió en objeto de esa ciencia; al convertirme yo en científico, los *favelados* se convertían en objetos. Esto indicaba claramente que el método utilizado para la investigación de campo (observación participativa y metodología transgresora) era probablemente más radical que mi posterior desarrollo teórico, a pesar de las apariencias en sentido contrario. Estas apariencias se derivaban de la confusión del verdadero radicalismo con el marxismo. De hecho, aunque, como yo pensaba entonces, el marxismo tenía el potencial para construir una alternativa verdaderamente radical a la ciencia moderna, en realidad la ciencia social marxista se detenía siempre poco antes de conseguirlo. Esto no se debía a las deficiencias subjetivas de los científicos sociales, sino más bien a las condiciones objetivas del proceso científico. Al darme cuenta de esto, me estaba preparando no sólo para desenmascarar el positivismo oculto del marxismo convencional, sino también para poner en tela de juicio la crisis del paradigma de la ciencia moderna. Demasiado tarde, sin embargo, para el derecho de Pasárgada.