

HACIA UNA COMPRENSIÓN POSMODERNA DEL DERECHO¹

J. M. Delgado-Ocando
Universidad del Zulia

I **La Transición Paradigmática.**

En el siglo XX, y, en especial, a partir de la década de los ochenta se ha producido un movimiento de transición que va desde el paradigma de la modernidad hacia otro paradigma que podría llamarse de la posmodernidad.

El paradigma de la modernidad se caracteriza por el triunfo de la razón y por el despliegue de ésta en todos los aspectos de la vida humana. El signo de la racionalidad, sin embargo, no ha sido lineal ni homogéneo. Se ha distinguido por ejemplo, la racionalidad cognitivo-instrumental (científico-técnica) de racionalidad estetico-expresiva aunque ésta haya sido colonizada, en cierta forma por la primera (p. 23).

Los principios sociales de esta hegemonía de racionalidad cognitivo-instrumental se muestran en un par normativo que puede tipificarse como principios de regulación y principios de emancipación. Los principios de regulación son el mercado, el Estado y la comunidad: y los principios de emancipación son la participación, la solidaridad y el placer felicidad (ibid.).

¹ Textos y escolios de Boaventura de Sousa **Toward a New Common Sense. Law science and Politics in the Paradigmatic Transition.** New York London, Roulledge, 1995.

En virtud de que la racionalidad cognitivo-instrumental ha colonizado parcialmente los modos de regulación sociales, el horizonte emancipatorio se ha visto muy reducido. Ello se debe no sólo al fortalecimiento de los principios de regulación (en especial el mercado y el Estado) sino al hecho de que los principios de emancipación han sido, distorsionados por este fortalecimiento. La representación en lugar de la participación, el Estado de bienestar en lugar de la solidaridad, y la industria del ocio y del tiempo Libre en lugar del placer y la felicidad, revelan que los principios emancipatorios han sido sofocados por el mercado y el Estado.

Desde siempre, la racionalidad estético-expresiva ha resistido esta colonización parcial de la racionalidad cognitivo-instrumental, pero lo ha hecho desde una perspectiva moderna esto es, reivindicando un estilo de comprensión del mundo inconmensurable con la visión científico-técnica. El problema, empero, es otro. Se trata de replantear los fundamentos de la racionalidad moderna y erigir a la racionalidad estético-expresiva en un ingrediente de la racionalidad misma.

En el paradigma de transición, a partir de la modernidad, la racionalidad estético-expresiva reclama la autoría (autobiografía y compromiso ético-político y artefactualidad discursiva) para resistir la colonización científico-técnica y rescatar la soberanía ética sobre ésta (p. 24).

En este empeño por dejar que el hombre, en su dimensión total, luche por la unidad del saber, mas allá de los dualismos típicos del positivismo y del cientificismo, la racionalidad estético-expresiva ha propiciado el principio de comunidad con fines emancipatorios. La comunidad se vincula principalmente con la solidaridad y promueve una forma de convivencia social opuesta a la colonización política y mercantil.

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

Ahora bien, los principios sociales normativos surgen de pares ontogenoseológicos que pueden clasificarse así: la regulación implica una trayectoria entre un estado de ignorancia (caos), y un estado de conocimiento (orden); y la emancipación implica el tránsito entre un estado de ignorancia (colonialismo o no-reciprocidad) y un estado de conocimiento (solidaridad o intersubjetividad). Mientras que la ciencia reguladora (colonizadora) fomenta el colonialismo (la antropología conoce al pueblo primitivo como objeto), la ciencia emancipatoria concibe el análisis en términos intersubjetivos o recíprocos y lo instala en un contexto solidario donde el pueblo primitivo es "sujeto", y el saber es autoconocimiento y autobiografía (p. 28).

Una perspectiva de esta clase propone la **artefactualización** de la naturaleza, de modo que, de alguna manera, todas las ciencias lleguen a ser sociales, y en donde el conocimiento abandone el dualismo naturaleza/cultura y renuncie a los rasgos de etnocentrismo, capitalismo y sexismo que han caracterizado el proceso racio-técnico occidental. Ello es obvio, tanto en el caso de la antropología como en otro caso, quizá de mayor relevancia para la epistemología, a saber la primatología, cuyas versiones occidental y japonesa se oponen en la medida en que ésta concibe las relaciones entre el hombre y el animal como **continuum** ontológico y no como proceso de diferenciación cualitativa según lo propone la primatología occidental.

En el fondo, tal oposición es el resultado de los dualismos propios de la colonización científica. Abstracto/concreto, ideal/real, sujeto/objeto, orgánico/inorgánico, humano/no humano, son, ahora, dualismos cuestionados por la ciencia posmoderna pues ciertas características de los seres vivos como la autorregulación, el metabolismo y la autorreproducción son comunes a los sistemas precelulares de moléculas: aparte que las características que en la ciencia moderna se atribuían exclusivamente al mundo humano, como historicidad progreso, libertad y autodeterminación, se extienden ahora a la materia, conforme se constata en las estructuras disipativas de Prigogin, la

sinérgica de Haken, el orden implicado de Bohm o la síntesis del misticismo y la física contemporánea de Capra (p 33). Por eso, la nueva ciencia: es no-dualística y el principio de la ciencia unificada se logra no a través del fisicismo sino por medio de la superación de los dualismos de la ciencia moderna. Esto es particularmente notable en Haken y Prigogin, pues ellos llegan a explicar cuasi-antropológicamente la conducta de las partículas (revoluciones, violencia, esclavitud, dominación, democracia nuclear, etc.).

II

Retórica y Revaloración de las Humanidades.

La tendencia de aproximación entre las ciencias naturales y humanas se constata también, entre estas últimas y las llamadas humanidades (historia, filología, derecho, estudios literarios, filosofía y teología). Esta aproximación ha producido la revaluación de las humanidades y de la racionalidad estético-expresiva del arte y la literatura. Y en este orden de ideas, la ciencia posmoderna admite la analogía textual y autobiográfica que busca el conocimiento indiviso y el rescate subjetivo de los excluidos.

La analogía textual exige, por ejemplo, el tratamiento del texto, el escenario y la autobiografía del autor. Reclama en suma, el conocimiento retórico y la lucha por la constitución dialógica de la verdad (agonística). En la medida en que la verdad no es descubierta, sino **construida**, el compromiso de la nueva ciencia está en la retórica y en el manejo de las condiciones trascendentales que la hacen posible.

La crisis paradigmática de la modernidad ha permitido el renacimiento de la retórica que fue siempre, por lo menos hasta la dogmática jurídica del siglo XIX, el modo de pensamiento propio del derecho. La retórica jurídica utilizó con destreza premisas probables (entimemas,

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

argumentos cuasilógicos en forma silogística ((**topoi** lugares comunes))) no sólo para inferir soluciones razonables sino incluso para conformar los hechos jurídicamente relevantes.

Pero el rescate de la retórica no se limita hoy al campo de las humanidades, pues, en cierta forma, las ciencias naturales y humanas trabajan con un estilo agonístico, aunque, por supuesto, la retórica de la ciencia se produzca en un escenario universal donde la lucha por la verdad trasciende los límites de su contexto histórico, como es el caso del litigio judicial. La audiencia relevante para la ciencia es el contexto objetivo en que el razonamiento resiste la prueba lógica, si bien el juego retórico no busca una verdad puramente sintáctica sino un cierto autoconocimiento persuasivo. Esta retórica dialógica va más allá de la ética del discurso de Habermas y Apel, y también de Perelman (para quien la argumentación es claramente técnica), ya que lo que se propone es la convicción dimanante del autoconocimiento y de la neocomunidad (audiencia de sujetos en permanente creación). Según esto, la retórica dialógica no puede llegar a ser convincente si no se garantiza el acceso igual de los interlocutores al escenario agonístico y si no se promueve la competencia cognitiva y lingüística de los mismos. El problema es que el diálogo sea conducido con estilo emancipatorio esto es, que se haga valer la solidaridad y no la colonización (pp. 44 y 46).

Aquí habría que recordar a Rorty, quien entiende la hegemonía como colonización del discurso producido por el sentido común (1991, p. 92). En verdad, los **topoi** son los resultados de la retórica practicada con propósitos reguladores, y la dignidad del diálogo reclama la constitución de un nuevo sentido común solidario.

Para comprender este proceso, es necesario que se discriminen los espacios (lugares o escenarios) de la retórica dialógica, pues la dimensión emancipatoria del diálogo depende de las condiciones de la audiencia pertinente. Estos espacios son: la familia, el taller, el mercado,

la comunidad la ciudadanía y el mundo (p.49). El nuevo sentido común solidario depende de una ética de la responsabilidad y de una repolitización global de la vida colectiva. No hay que olvidar que uno de los tópicos de la modernidad es restringir la política al espacio de la ciudadanía ("yo no soy político"), "las asociaciones de vecinos sólo deben buscar el bienestar de los asociados", etc.).

Pero esta repolitización global requiere nuevos esclarecimientos. El Estado no se legitima en términos de **orden público** sino, de **orden social** y la contrapartida de la obediencia ciudadana no es la protección (**protego ergo oblige**) sino más bien el cuidado y la felicidad (**curo, ergo oblige**). La política rescata, así su sentido originario (**Polizei**, policía) y su función legitimadora exige, como diría Saint-Simon, utilidad y belleza. Y ello porque lo útil y lo bello son inseparables y porque la ética de la responsabilidad no puede ser antropocéntrica e individualista, ni reducirse a la busca de resultados inmediatos, lo cual conduce a que la naturaleza y las generaciones futuras devengan sujetos dignos del deber moral. La visión política global rebasa la organización del poder e incorpora a la administración pública la intendencia de la cura que es el programa del Estado social de derecho. La justicia social y la solidaridad, así entendidas, necesitan una reforma saintsimoniana del Congreso donde habría que agregar la Cámara de la Invención, constituida por ingenieros civiles, poetas y otros inventores literarios, pintores, escultores, arquitectos y músicos. A esta Cámara correspondería la formulación de los proyectos públicos entre los cuales se contarían infraestructuras físicas, como las carreteras y canales que deberían construirse no sólo como medios de transporte sino como medios de satisfacción estética para los usuarios. Es la utopía creadora que Saint-Simon opone a la utopía mecánica de la tecnología reproducida inercialmente por la transformación de la ciencia en fuerza productiva, con la consiguiente neutralización de su potencial emancipatorio (p. 54).

III

La Dimensión Retórica del Derecho.

Aunque el derecho parece estar signado por la retórica, en la medida en que la solución de los conflictos implica una agonística tendiente a resultados persuasorios, ya desde Bolonia hasta la Escuela de los Pandectistas (siglo XIX), la recepción del derecho romano apunta a la Dogmática y, consecuentemente, al apogeo del pensamiento formal y a la proclividad al estilo de la lógica. El proceso de la recepción del derecho romano se complementa con el pensamiento filosófico-político de los siglos XVII y XVIII, en que se instauran los grandes principios de la regulación racional. Hobbes (Estado), Locke (mercado) y Rousseau (comunidad), establecen las bases de un orden jurídico-político que rechaza la retórica y aspira a una teoría del derecho público que da cuenta de la caducidad del feudalismo y el advenimiento del Estado nacional.

No es exagerado decir que la Teoría Pura del Derecho marca el punto culminante de este proceso de formalización reguladora estimulado por el fortalecimiento de las relaciones mercantiles, por la apoteosis de los Estados nacionales y por el impacto tecnológico de la Revolución industrial. Pero al entrar en crisis el paradigma de la modernidad, como efecto del crecimiento del mercado mundial y la minusvalía del Estado, el topos transcapitalista se entroniza en forma global (neoliberalismo) sobre las ruinas del socialismo real. Es el momento de la desregulación selectiva y de la neorregulación (seguridad y orden público) destinada a propiciar los procesos de privatización y a intervenir para que éstos se produzcan de manera abrigada y pacífica. La política neoliberal promueve, así, la descentralización en ciertas áreas (relaciones laborales, bienestar social), al lado de la recentralización en otras como el entrenamiento laboral, la vigilancia política, y la policía extranjera ajustada al giro de las corporaciones transnacional (p. 88).

Frente a estos fenómenos de desregulación y neorregulación, el derecho adapta su función normativa de modo congruente con el rescate de su oriundez retórica. Obviamente, los componentes del derecho no pueden ser administrados en forma sólo retórica sino que su función se cumple, también, por medio de la burocracia y la violencia. El juego de los tres componentes (retórica, burocracia y violencia), tiende a fortalecer a la sociedad civil y a debilitar al Estado, lo que hace ambiguas y confusas las relaciones entre ambos, pues el supuesto privilegio de la sociedad civil olvida que Estado y sociedad civil son dos fases de una misma constelación política, y que las relaciones de poder operan, igualmente, fuera del aparato público, a veces con mayor fuerza que dentro de éste. El cambio de la función jurídico-política requiere, pues, una nueva conceptualización de la sociedad civil y de los modos de regulación determinados por el papel de la retórica y de la consiguiente declinación de la burocracia y la violencia (pp. 98, 99 y 112).

IV **El Derecho de Pasargada.**

Durante los años setenta y ochenta ocurre un movimiento hacia la informalización de la justicia y un incremento de la retórica, con un recíproco decrecimiento de la burocracia y la violencia, lo cual revela un cambio en los modos de la dominación política. Lo que se constata es que puede darse una legalidad interna paralela y, a veces, en conflicto con la legalidad oficial. Es una suerte de pluralismo jurídico producido en un contexto sociológico peculiar, que fortalece el momento retórico del derecho y que propugna el desarrollo de la comunidad y no el control social, que es lo propio de la regulación por medio del derecho (p. 162).

En este respecto Boaventura de Sousa Santos da cuenta de la jurisdicción civil de la Asociación de Residentes de Pasargada (ARP))

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

que busca resolver los casos que implican derechos sobre las tierras y las **favelas** de un sector de Río de Janeiro, incluyendo los asuntos que suelen surgir en tales disputas, con la sola excepción de las causas criminales.

La ARP ha desarrollado una jurisdicción de derecho privado, al lado de la jurisdicción oficial (derecho del asfalto), que presenta sus propias peculiaridades normativas, pero que usa la simbolización del derecho oficial, inherente a cualquier régimen jurídico, como la tramitación de las quejas ante los representantes de la ARP, las firmas, la selladura, el archivo, los testigos, etc. que forma parte de la burocracia judicial.

Pero este derecho de Pasargada no es un sistema cerrado y autosuficiente, sino que, aparte el préstamo de la majestad simbólica al derecho del asfalto, permanece y coexiste con éste como un sistema jurídico parcial (p. 178).

Aunque el derecho de Pasargada refleja la ideología jurídica del capitalismo y cumple también un papel regulativo, la ARP maneja alternativas normativas al sistema de la tierra en los asentamientos sin título de propiedad (invasores) y promueve una solución pacífica y progresista de los conflictos surgidos de las invasiones. Es, como dice Santos, una forma de organización autónoma de las clases populares para satisfacer sus necesidades de vivienda (derecho social) ante las condiciones de reproducción impuestas por el capitalismo.

Hay varias características del derecho de Pasargada que es bueno resaltar y que muestran la tendencia impuesta a la regulación social, a saber, la pérdida progresiva del monopolio jurídico por parte del Estado. En efecto, este derecho marginal es no profesional, accesible, participativo y consensual (pp. 242, 248). En el fondo se trata de los oficios de una autodisolución del sistema jurídico formal y colonizador, que empieza a transformar al Estado territorial con su independiente y

poderosa. burguesía y con su clase profesional de juristas a quienes está encomendado el manejo burocrático de la justicia.

Es importante notar como Santos propone lecturas alternativas del funcionamiento del derecho, pues incluso una sociología funcionalista puede digerir el ejercicio paralelo de jurisdicciones **anómalas** siempre que no se ponga en peligro la dominación política aseguradora del sistema. Lo que se cuestiona es la naturaleza reguladora de la ciencia social burguesa y lo que se propone es el uso emancipatorio de los órdenes normativos parciales nacidos, por fuerza de la vicisitudes sociales, al lado de la legalidad establecida. Santos dice, por eso, que, al abocarse al estudio de la ARP, comenzó a pensar que la función de control social de la ciencia moderna empieza con la naturaleza represiva e insidiosa del discurso verbal contenido en entrevista y cuestionarios (pp. 201 y 203). Y llegó a la conclusión de que, basada sobre las premisas de la producción material capitalista (propiedad privada y productividad lucrativa), la investigación social expropió el discurso autónomo cotidiano de sus objetivos a fin de construir su propio estatuto científico, lo que permite usarlo como forma de poder social (ibíd.).

Había, entonces, que proponer un manejo emancipatorio de la ciencia social reguladora y, para ello, había que adoptar una posición política solidaria y una transgresión consciente de las reglas metodológicas propias del científico convencional (pp. 231; 237). De esa manera dice Santos, "como amigo de la gente donde trabajé, hablando su misma lengua. y sintonizando con sus necesidades y aspiraciones, se me dio información que ningún científico norteamericano podía obtener" (p. 203). Hizo, desde luego, un uso político de los resultados de la investigación, pero al revés de lo que hace la ciencia reguladora, orientó el análisis en sentido emancipatorio. Es así como la heterodoxia metodológica y la relativa autonomía residual concedida al científico por su propio estatuto pueden ser utilizadas para ofrecer alternativas progresistas al papel regulador de la ciencia moderna misma.

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

La metodología transgresiva, el arte de leer (o de "desleer"(rumiar en el sentido nietzscheano del término))), la conciencia de que el pluralismo jurídico es un intercambio desigual entre el derecho oficial y no oficial, pero que, pese a la integración de este último al giro dominante del Estado, puede realzar aspiraciones que el propio Estado declara legítimas (como los derechos sociales y económicos), haciendo posible, así, el manejo del derecho en el ambiguo *quid pro quo* de sus componentes. En la medida en que el momento retórico se fortalezca, la burocracia y la violencia decrecen, y la lucha en sentido emancipatorio se da dentro del orden establecido. Es la mejor manera de rescatar la visión solidaria del marxismo, pero es, al mismo tiempo, la sola posición correcta frente al positivismo oculto del marxismo convencional.

V Globalización, Estados-Naciones y Campo Jurídico.

Es bien conocido, dentro de la teoría de la dependencia, el análisis que Evans realiza en relación con la triple alianza de las corporaciones transnacionales (CTN) con la élite del capital nacional y la burguesía de Estado.

El ala local, la burguesía corporativa nacional, comprende la élite empresarial, gerentes de firmas, altos funcionarios del Estado, líderes políticos y profesores universitarios. Pese a su heterogeneidad, estos agentes constituyen una clase, porque, a despecho de la diversidad de sus intereses de grupo, constituyen una situación general de privilegios socio económicos y un interés común en las relaciones del poder político y control social inherentes al modo de producción capitalista (pp. 254 Y 255).

Frente al modo de dominación política de esta alianza, las luchas sociales emancipatorias son posibles, no sólo por las vicisitudes de la heterogeneidad de la alianza misma, sino porque cuando un sistema histórico entra en crisis, las utopías surgen como tendencias ínsitas en el propio contexto social que las determina. Pero, por supuesto, Santos distingue entre lo utópico (**utopistic**) y lo "utopista" (**utopianism**), pues lo utópico es una alterativa real histórica surgida de la crisis (p. 259). Con razón Hölderling decía que "lo posible actúa", para aludir a la vocación autodisolutiva de los procesos sociales. Las estrategias emancipatorias valoran, en el momento de extremas fluctuaciones, las alternativas solidarias y las tensiones que buscan la realización de la utopía.

Es en este contexto que habrá que diagnosticar los momentos emancipatorios del proceso de descentralización del Estado y el ascenso de la sociedad civil. Y esto es así, porque el proceso que apunta al Estado mínimo no significa un cambio cualitativo en los patrones de la regulación. Al contrario, procesos como la privatización del sector industrial del Estado requieren una compleja intervención de éste que va más allá de la privatización misma. Por eso la descentralización de la acción del Estado en ciertas áreas (relaciones laborales, bienestar social) tiende a coexistir con la recentralización de la acción estatal en otras, como el entrenamiento laboral, la vigilancia política y la política exterior estrechamente ligada a las operaciones de las corporaciones transnacionales (p. 279).

El neoliberalismo, que se ha convertido en un **topos** regulativo global, maneja el principio del mercado en forma altamente selectiva. De allí que lo privatizable sea lo lucrativo, casi siempre bajo la forma de **joint ventures** entre el capital nacional y el transnacional.

Pero el problema no se queda en esta función selectiva sino que el derecho es usado para regular, pacíficamente, el giro de la privatización. Ningún expediente ha sido manejado con mayor

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

eficiencia hegemónica que la defensa de los derechos humanos. En este campo los intrínquilos de la dominación imperial son ominosos. EE.UU. manipula el régimen sobre derechos humanos sin ser parte de la Convención Americana de 1969. Los EE.UU. se rehusan a ratificar los convenios sobre los derechos humanos y otros tratados análogos, y, sin embargo, aparecen como los campeones de la lucha universal por dichos derechos. Aparte esta ambigüedad, los EE.UU. aplican estándares y procedimientos sobre los derechos humanos que no aceptan para sí mismos. Santos observa por ejemplo, que el Departamento de Estado aunque prepara informes anuales sobre la situación de los derechos humanos en muchos países del mundo rehuye rendir reportes respecto de sus propias prácticas en este campo a los organismos internacionales. Es una forma de imperialismo cultural racionalizado bajo el sentido común regulativo de (supuesto) respecto a la dignidad del hombre (p. 331).

Pero así como los procesos económicos de descentralización son selectivos, también son selectivos los informes del Imperio sobre el estado de los derechos humanos en el mundo. No sólo se ignora el principio de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos (ya que el énfasis se pone en los derechos políticos) sino que la propia democracia es valorada de modo **sui generis**. En ningún reporte de esta clase se habla de la represión en Irlanda del Norte, donde se da, además, una violación masiva de los derechos sociales (pese a estar supuestamente en el Primer Mundo), sino que la vigilancia respecto de los derechos políticos es blanda con la violencia paramilitar en Perú o Colombia, la eliminación de líderes de la oposición en México, el asesinato de los niños de la calle en Brasil o Colombia o el violento ajuste estructural en Venezuela, Argentina y Perú. Y es que no se puede ignorar la dimensión ideológica de la lucha por los derechos humanos, lo que es claro a partir de la segunda guerra mundial, dado que dicha lucha ha estado al servicio de los intereses económicos y políticos de los Estados capitalistas hegemónicos. En

suma, se trata de un uso regulativo y colonizador de la lucha por tales derechos.

La crítica de Santos a esta situación no puede, sin embargo, negar la necesidad de la lucha por la vigencia de los derechos humanos. Pero esta lucha necesita una perspectiva emancipatoria y en ella va involucrada una concepción mestiza, intercultural (cross-cultural) que parta de la admisión de la incompletitud y endeblez que los **topoi** culturales asignan a dichos derechos. Santos cree que sólo una hermenéutica diatópica puede incorporar estándares capaces de llevar a cabo esta lucha de manera solidaria. El manifiesto de Santos reclama la apertura de los patrones occidentales al **dahrma** hindú y a la **umma** musulmana y, sobre todo, al aprendizaje del Sur, lo cual haría posible recuperar el potencial emancipatorio y utópico de los derechos humanos (pp. 340, 341, 342 y 345'). El error de las corrientes marxistas convencionales ha estado en renegar de la lucha por los derechos humanos a causa del uso espurio y selectivo que el Imperio ha hecho de ella, pero cuando se constata el lado emancipador de la lucha, los derechos humanos se convierten en una especie de esperanto político proclive a la convergencia de muchas voluntades hacia el logro del respeto a la dignidad del hombre y la felicidad social.

Santos busca, por esta vía, incorporar a la naturaleza en el juego normativo de los derechos y las obligaciones. Y en el empeño por arriar al más lejano (como quería Nietzsche), la mirada solidaria comprende que la gente no es pobre, sino que ha sido empobrecida, que no es hambrienta sino que ha sido hambreada que no es marginal, sino que ha sido marginalizada, que no es víctima sino que ha sido victimizada (p. 353). Es la ética de la responsabilidad que quiebra la ecuación derecho-deber y obliga moralmente a guardar y curar a quienes la dominación política y económica despoja de sus derechos sociales y de su dignidad.

VI

Trade-Off Neoliberal y Derechos Humanos.

El neoliberalismo ha impuesto el principio del mercado como topos regulativo global, pero lo ha hecho sobre la base de que el desarrollo de la periferia capitalista apunta hacia el nivel de los países hegemónicos, según una lógica interna que exige sacrificios y renunciaciones. Es lo que Santos llama la política del **trade-off**, conforme a la cuál altas cotas de absoluta pobreza son necesarios a fin de maximizar la inversión (p. 355). De acuerdo con la igualdad **trade-off**, la desigualdad en la distribución del ingreso es condición necesaria para la rápida transición de una economía tradicional (bajo ingreso y baja desigualdad del ingreso) a una economía competitiva moderna. El **trade-off** neoliberal no sólo exige la renuncia a la relativa vigencia de los derechos sociales a cambio de perspectivas de desarrollo siempre lejanas e insatisfechas, sino que propicia incluso la idea de que el mismo disfrute de los derechos políticos, tal como los concibe el Occidente avanzado, es un lujo del cual se puede prescindir en un esfuerzo por legitimar la sumisión de los paises en desarrollo. Por supuesto, que tal criterio sólo es aceptable en la medida en que no se amenacen sus intereses económicos ni se rechace la política cónsona con éstos. Por eso, la política sobre los derechos humanos de las grandes potencias es, como se ha dicho, altamente selectiva. Se censura y hostiga a Cuba, Irak, Irán o Libia, mientras que se afila respecto de Turquía, Corea del Sur, Taiwan, Perú, México o Brasil, donde la represión policiaca y militar es parte del **trade off** neoliberal.

Una buena parte de los investigadores sociales que aparecen comprometidos con proyectos emancipatorios del Tercer Mundo, como Jack Donnelly o Noam Chomski, denuncia este sistema por ser nocivo para el desarrollo y para el respeto de los derechos humanos. Donnelly, por ejemplo, cree que el **trade-off** propuesto por el neoliberalismo es un proyecto sin esperanza, pues el disfrute de los derechos económicos y sociales se ha convertido en una carga que ni los países de Primer

Mundo pueden soportar, como resulta evidente con el desmantelamiento del Estado de bienestar incluso en países como Alemania, que se define constitucionalmente como Estado social de derecho.

En el centro de la controversia, por tanto, debe estar el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos y el fomento de la ética de la responsabilidad que concibe el derecho al desarrollo como derecho colectivo. Esta dimensión moral del derecho al desarrollo ha sido subrayada por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1972 y por la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la Asamblea General de la ONU de 1986, y es una contribución invaluable de los africanos a la filosofía política actual.

De esta perspectiva George Shepherd propone la autoconfianza como derecho humano básico, focalizado sobre las necesidades del pueblo, sobre la redistribución antes que el crecimiento y sobre la participación política y la libertad individual.

La crítica de la globalización mercantil y del **trade-off** neoliberal lleva no sólo al reconocimiento de los derechos colectivos frente a la deuda social de los países hegemónicos, sino también a la facultad de todos los pueblos del mundo a llevar al capitalismo histórico a un tribunal mundial. Representados por los agentes capitalistas centrales [Estados y CTN), el capitalismo tiene que dar cuenta de su cuota de responsabilidad por la masiva violación de los derechos humanos, incluido, a veces, el genocidio, el empobrecimiento cultural y la destrucción ecológica, lo que les ha deparado su ingente poder militar y económico.

La respuesta al neoliberalismo tiene que ser la lucha de los grupos sociales oprimidos por una vida más decente de acuerdo, por supuesto, con las condiciones de la globalización impuestas por el capitalismo mundial, pero con afán de cosmopolitismo y de fidelidad a la herencia

común de la humanidad. Ello significa que esa lucha sólo puede ser exitosa si se orienta hacia un nuevo modelo de desarrollo y socialidad que incluya un nuevo contrato social con la tierra, la naturaleza y las futuras generaciones (p. 365).

VII **Las Luchas Urbanas en Recife.**

El problema de las luchas urbanas en Recife presenta características distintas al derecho de Pasargada, pues en éste el problema radica en la legalidad interna de los asentamientos, mientras que en aquél los residentes de los asentamientos buscaban usar la legalidad del Estado en defensa de sus derechos sociales a una vivienda adecuada. El derecho de Pasargada regula conflictos intraclasisistas (conflictos entre residentes de la **favelas**), a diferencia de los conflictos interclasisistas (conflicto entre los pobre urbanos, por una parte, y los grandes terratenientes y el Estado, por otra) (pp. 393, 394).

Desde luego que las luchas urbanas en Recife ocurrieron durante el colapso del régimen militar y el proceso de redemocratización que hizo posible el retorno de políticas populistas, y la agencia social de líderes y organizaciones (la Iglesia brasileña, entre otras) que contribuyeron a la beligerancia de nuevas formas de movilización política. En Venezuela sucedió algo parecido, aunque sin la participación decisiva de la Iglesia, por lo menos en las luchas sociales, después de la caída de la dictadura en 1958.

En Recife, la Comisión Justicia y Paz, bajo la égida del arzobispo D. Helder Cámara, promovió el apoyo a los ocupantes ilegales (invasores), particularmente en relación con su defensa legal. Aunque el nexos local-nacional de los hechos era predominante, a veces participaban en los

conflictos urbanos CTN que imprimían al problema una dimensión transnacional.

Cuando Santos analiza lo que él llama la microfísica de la legalidad política en las luchas urbanas, encuentra que éstas confirman las principales hipótesis del libro que comentamos, a saber: a) la política es ubicua en la sociedad, y la especificidad del derecho no puede entenderse en términos de autonomía o **autopoiésis**; b) las grandes teorías sobre la determinación social del derecho dejan fuera de foco las condiciones dialécticas de la agencia social. Así, por ejemplo, una macrofísica del poder tiende a minusvalorar las crisis políticas que, en ciertos casos, hacen insostenibles a los regímenes más fuertes; aparte que las luchas sociales dadas en el contexto de fragmentación política e institucional de un gobierno autoritario, suelen articularse con agencias cosmopolitas transnacionales como la Iglesia católica (que más que una ONG es una CTN de servicios religiosos, con un activismo social cónsono con su proselitismo y catequesis); y c) las luchas urbanas de Recife en 1980 mostraron que los movimientos sociales concretos tienden a ser hoy más que nunca incrementados por factores complejos que Santos llama interlegalidad (p. 464). Desde este punto de vista lo que opera no es una legalidad a secas, sino una constelación de diferentes legalidades conflictivas: legalidad local informal, legalidad estatal, legalidad transnacional de derechos humanos, legalidad de derecho natural, legalidad insurgente y revolucionaria e, incluso, legalidad subversiva (terrorismo). La razón por la cual las teorías monopolíticas del derecho, tanto las deterministas como las indeterministas, fallan, se debe a que consideran la legalidad en un sentido puramente estatal, cuando en verdad, por lo ya dicho, de lo que se trata es de una interlegalidad abigarrada y compleja.

Lo verdaderamente peculiar en las luchas urbanas de Recife es el apoyo jurídico a los pobres para que éstos puedan librar legalmente su batalla por el reconocimiento de sus derechos sociales; pero el papel de la Comisión Justicia y Paz no se limitó a la defensa legal, sino a la

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

articulación de ésta en una defensa política de modo que ambas defensas se libraron sinérgicamente. La estrategia emancipatoria consiste en potenciar el sentido de la justicia social para las clases subordinadas, antes de reconstruir y canalizar el conflicto en términos legales. O, como dice Santos, el conflicto tiene que ser, primero politizado, y, luego, legalizado. La utilización política del derecho estatal por los sectores pobres de Recife comprende un complejo de prácticas que se despliegan en tres momentos fundamentalmente, a saber, la política del hecho cumplido, la reconstrucción social del conflicto y el rescate del derecho para resolverlo (p. 386).

Las políticas del hecho cumplido se vinculan con la morosidad de la burocracia y las prácticas judiciales dilatorias, lo cual hace posible la estrategia destinada a reconstruir socialmente el conflicto, mediante procesos operados en varias direcciones, a saber, desde los individuos hasta las clases, de los asuntos privados a los temas políticos, de las quejas concretas a la denuncia de la organización social inicua, de la disputa aislada a la serie de conflictos resultantes de las mismas condiciones sociales, del derecho positivo al derecho natural. La politización, producida por vías muy disímiles (incluidos el arte popular y la militancia de sus representantes más comprometidos con las luchas sociales), tiende a identificar las causas de la miseria, a descubrir a quienes se oponen a la justicia social, y a redefinir los intereses en pugna a fin de hacer valer los derechos sociales de los oprimidos.

A través de tales acciones, en las que la Iglesia católica ha tenido participación fundamental (por lo menos en Brasil), aparte ONG defensoras de los derechos humanos, el conflicto es socialmente reconstruido como conflicto jurídico, aunque no sea legal **stricto sensu**, con lo que su legalización se da dentro de los límites del derecho establecido.

La tercera parte del proceso es el rescate (**seizing**) del derecho. En ella se pueden distinguir tres clases de prácticas: la producción y la distribución del tiempo judicial, la reindividualización de los conflictos colectivizados y la socialización del proceso (pp. 388/390). La expansión de la retórica jurídica (las formas y los procedimientos devienen argumentos) produce un cierto grado de informalización legal que aproxima el derecho oficial al derecho de Pasargada. En verdad, la lucha judicial librada en la arena retórica, obliga a los tribunales a reconocer los derechos sociales de los desposeídos y a buscar alternativas jurídicas (no simplemente policiales) en la solución de los conflictos.

Esto se debe, por supuesto, a la contingencia y contradicción de la acción estatal y al grado de tensión e inestabilidad que las luchas urbanas generan. Por eso, el destino de las luchas es incierto y no siempre favorable para quienes las libran. A veces, triunfa la ejecución forzosa, haciendo valer el derecho de propiedad "violado"; otras, se produce el diferimiento de la ejecución judicial, lo que facilita la estrategia de los ocupantes; en algunos casos, como en el conflicto llamado por los invasores **The Skylab**, las condiciones fueron tan propicias para éstos (el bajo valor de las tierras, entre otras), que se llegó a un arreglo por el cual propietarios e invasores firmaron un contrato de arrendamiento de las tierras por un período máximo de cinco años. Es lo que Santos llama el alto grado de retórica y la baja violencia del caso **The Skylab** (p. 392).

El sentido emancipatorio de las luchas urbanas en Recife se da en un juego bivalente de lucha legal y lucha por el derecho; de allí que el proceso oscila entre lo legal y lo ilegal y, aún, alegal, por una parte, y entre la regulación jurídica oficial y la ideología y la utopía, donde la acción directa y la conducta ilegal de las masas, junto con la defensa judicial de los abogados patrocinantes de los invasores, se mezclan de tal manera que el propio proceso es penetrado por la retórica y es politizado como un área cuya politización es siempre externa, al revés

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

de la politización de los derechos de los propietarios que es siempre interna, pues están revestidos de forma legal y aparecen, por la misma razón, naturalizados o despolitizados (por ejemplo el reconocimiento de los derechos ciudadanos a través de la protección exclusiva de la propiedad de la tierra).

Esta ideología es lo que hace tan críticas y perturbadoras las invasiones de tierras (es uno de los casos típicos de orden público), mientras que se convencionalizan y banalizan las ilegalidades de los propietarios como la evasión de impuestos, la violación de la seguridad industrial o la devastación del medio ambiente (p. 396).

Como dice Santos, las luchas urbanas de Recife son un ejemplo de que los procesos judiciales se han hecho ambiguos, desdoblados en momentos opuestos (ideología y utopía, retrospección y anticipación, dominación y emancipación) y de que ofrecen a la acción progresista alternativas promisorias. Si algo debe alentar a la conciencia emancipatoria es la certeza de que el derecho no tiene que ser, en todo caso, un obstáculo al cambio social (p. 397).

VIII

Transición Posmoderna y Metáforas Espaciales.

Perelman ha demostrado que mientras el pensamiento clásico fue dominado por metáforas espaciales, el pensamiento moderno es dominado por metáforas temporales, tales como progreso, evolución y desarrollo. Santos sugiere que la transición posmoderna implica una revaloración de las metáforas espaciales, pero no las metáforas locales viejas, sino las metáforas locales, nacionales y transnacionales nuevas. Las estructuras son campos tópicos o campos de **topoi**. La diversidad de los campos impide que la regulación sea uniforme y simétrica; más bien lo que hay es una proliferación de centros de poder con un

desarrollo paralelo de zonas marginales que generen resistencias. Es la tesis foucaultiana de la microfísica del poder, que apunta a formas emancipatoria de lucha social (p. 400).

Para comprender el nexo entre derecho, poder y conocimiento, es necesario subrayar algunas cuestiones, a saber: a) el reconocimiento de una pluralidad de órdenes jurídicos, formas de poder y modos de conocimiento, que socavan los paradigmas positivistas del derecho y del Estado, de la ciencia colonizadora y de su racionalidad cognitivo-instrumental. La alternativa posmoderna, al reconocer la pluralidad de leyes, poderes y conocimientos, propugna una reconstrucción teórica de los modos de producción del poder social y del derecho. El reconocimiento de tales pluralidades no colide con la idea de centralidad del derecho estatal, poder público y conocimiento científico en las sociedades contemporáneas, sino que confirma y relativiza, al mismo tiempo, la integración de nuevas formas hegemónicas en nuevas y más amplias constelaciones de leyes, poderes y conocimientos; b) el problema de la orientación y de los obstáculos a la agencia social transformadora. Para Santos los espacios estructurales son sitios de producción de **topoi** y sentido común. Una vez reconstruidas, las estructuras pueden ser argumentos sobre la solidez y resistencia en la práctica social (a mayores obstáculos, mayor cambio, dada la superación de aquéllos), o premisa de argumentación, zonas de fuerte consenso respecto de las posibilidades de acción. Las estructuras son espacios retóricos y también sociogeográficos, pues la geografía ya no versa sólo sobre espacios constituidos sino, además, sobre relaciones sociales espacialmente constituidas (p. 404). Este doble sentido retórico y sociogeográfico de las estructuras y los espacios muestra una insospechada sinergia entre retórica y geografía que no había sido advertida lo suficientemente hasta hoy; c) la admisión de las relaciones entre sociedades nacionales, sistema interestatal y economía mundial. La erosión del poder del Estado, específicamente en el campo económico, no implica, sin embargo, una minimización del Estado nacional o la eventual centralización del derecho internacional en el

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

sistema interestatal. Las sociedades nacionales y el sistema mundial, más que partes de una totalidad supraordenada es un sistema de totalidades parciales, donde las sociedades nacionales resultan, en algunos aspectos, más parciales que el sistema mundial, pero en otros el mismo sistema mundial funciona de manera más parcial que aquellas. Hay, pues, que dar cuenta de la dinámica política, social y económica, nacida de la minusvalía del derecho positivo y el poder estatal.

En relación a esto Santos dice que Foucault disloca al poder de su nicho liberal y, por eso, desde el siglo XVIII, la forma más importante del poder que empieza a circular en la sociedad es producida por la sociedad misma, no por el Estado, y según reglas, principios y necesidades totalmente autónomas respecto de éste; es el poder disciplinario de la ciencia moderna, diferente del poder del Estado moderno (p. 405). Foucault concibe el poder disciplinario no como poder jurídico del Estado, es decir, no como un poder que se ejerce desde arriba a abajo o del centro a la periferia, ni entre gobernante y gobernado, o entre amo y esclavo, ni basado en negación, prohibición o coerción; es más bien una forma de poder sin centro, ejercido horizontalmente sobre sus propios sujetos (comenzando por el cuerpo humano); los sujetos de tal poder no pueden desear o saber, pues los deseos, saberes y verdades de las instituciones disciplinarias -públicas y privadas, escuelas y hospitales, barracas y cárceles, familias y fábricas- son creados como sujetos (no objetos) de su propia sumisión.

El poder disciplinario está en todas partes y opera en la misma forma dondequiera. Sólo en un sentido trivial es la escuela distinta del hospital, o el hospital diferente de la fábrica. Y como decir que el poder disciplinario está en todas partes equivale a decir que no está en ninguna, al no haber principio de estructuración y jerarquía, tampoco hay frente a él estrategia alguna de emancipación. La microfísica del poder muestra que la resistencia misma es un momento del ejercicio del poder y que dicho momento tiende a articularse con las otras formas de poder que circulan en la sociedad y que constituyen el tejido social.

El poder, por tanto, es cualquier relación social regulada por un intercambio desigual. La heemonía oculta esta desigualdad, porque el poder es intrínsecamente distributivo, aunque al ser ejercido en constelaciones de relaciones de poder reforzadas o neutralizadas entre sí, el intercambio desigual es, en suma, el resultado último de una distribución inicua de intercambios jurídicamente iguales (pp, 407, 408, 424).

Para promover, por tanto, la luchas emancipatorias se necesita el fortalecimiento del principio de igualdad jurídica, pero también el principio de la diferencia, lo que implica un principio de distribución más amplio, que no privilegie, exclusivamente, los bienes materiales y que no encubra el intercambio desigual por medio de una justicia formal que incluya procesos de decisión, división social del trabajo y cultura. Aunque el riesgo de reificación e individualismo es mucho más alto, una vez que concebimos la distribución primariamente orientada a lo material, en un mundo donde este bienestar ha sido ampliado, una concepción más vasta de distribución corre el riesgo de confundir la posible igualdad material con la igualdad de oportunidades, lo que racionaliza el intercambio desigual. Esto es lo que ocurre con la ideología cultural del consumismo, que produce frustración y anomia en las grandes masas depauperadas, carentes de capacidad económica para la práctica del consumo. Es el espejismo del consumismo, sin su práctica, o, como dice Santos consumismo in absentia (p. 410).

Las luchas sociales emancipatorias no pueden ignorar, sin embargo, la capacitación. Ciertamente ésta se vincula con el principio de distribución en la medida en que ambas (distribución y capacitación) son inescindibles, y en la medida en que la desigual distribución de bienes (incluidas la educación y la cultura) son negados a una gran mayoría de ciudadanos, lo que mantiene en el limbo programático los derechos sociales prometidos por la Constitución. Esto conduce, por ejemplo, al remedo venezolano del Estado social de derecho sancionado por la Constitución de 1961 y al consiguiente déficit de

administración prestacional que pone en entredicho la legitimidad del sistema democrático.

IX

Modos de Producción del Poder Social y del Derecho, Estado y Sociedad Civil.

Uno de los más grandes dualismos del pensamiento occidental moderno es el de Estado/sociedad civil. La sociedad civil es una realidad "natural", al contrario del Estado que es una realidad construida, artificial, en suma, una institución moderna. Como lo ha expresado plásticamente Hayek: "las sociedades se hacen y los Estados son hechos" ("societies form, but states are made"). Pero, pese a esta diferencia esencial, el Estado, aunque realidad construida, es condición necesaria de la realidad espontánea de la sociedad civil; pues ésta es el reino de la vida económica, esto es, el conjunto de las relaciones sociales espontáneas guiadas por los intereses privados, y sólo el Estado puede crear las instituciones jurídicas y políticas que aseguren un comercio libre y civilizado. Al Estado se le asigna, por lo tanto, un papel crucial en la creación y mantenimiento de las condiciones que garanticen las relaciones societarias.

Esta concepción es contestada por Hegel, pues para éste la familia es la tesis, la sociedad civil ("sistema de necesidades", destrucción de la unidad familiar y atomización de sus miembros, es decir, el retiro de los intereses particulares y el egoísmo) es la antítesis, y el Estado (idea universal, principio unificador de los intereses privados, completamiento sumo de la conciencia moral) la síntesis.

Cualquiera sea, sin embargo, el modo en que se conciban las relaciones Estado/sociedad civil, el papel de esta última depende del grado de desarrollo de las sociedades consideradas. En los países del Tercer

Mundo, la sociedad civil es, en gran medida, producto de la acción del Estado, lo cual no ha impedido que el dualismo Estado/sociedad civil haya sido utilizado como medio de lucha contra el autoritarismo político.

Hoy, a la luz de la crisis del Estado de bienestar y del colapso del socialismo real, aparte el **topos** del neoliberalismo a escala planetaria, es necesario presentar una alternativa válida a la ortodoxia conceptual del dualismo Estado/sociedad civil. La tarea no es fácil, pero aunque las alternativas puedan parecer irrealizables, la reflexión hacia un nuevo sentido común político, jurídico y epistemológico, es factible, dada la crisis del paradigma moderno.

Un asunto de extrema importancia es el carácter sintético del mercado y la hegemonía del consumismo que le es aneja. La verdad es que el consumo ya no es un epifenómeno, sino el sitio estructural autónomo de las relaciones sociales, en el cual aparecen nuevas formas de poder, conocimiento y legalidad. Antes se ha dicho que hay un desfase entre la ideología cultural del consumismo y la práctica efectiva del consumo, y que tal desfase hace patente la síntesis del mercado y el potencial autodestructivo de su artificialidad.

Santos habla, en relación con esto, de espacios estructurales y de formas de poder concomitantes (pp. 420 y 421). Respecto de los primeros hay que distinguir seis espacios estructurales, a saber, el espacio familiar, el espacio del trabajo, el espacio del mercado el espacio comunitario, el espacio político y el espacio mundial. Cada espacio tiene sus instituciones respectivas (familia, fábrica, mercado, comunidad, Estado y sistema interestatal); sus formas jurídicas (derecho de familia, derecho de trabajo, derecho de comercio, derecho comunitario, derecho estatal y derecho sistémico); sus formas políticas (patriarcado, dominación corporativa fetichismo de las mercancías, diferenciación desigualdad, dominación política e intercambio desigual); sus agentes sociales (generación, clase, consumo, etnicidad,

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

ciudadanía y Estado-nación); y sus formas epistemológicas (cultura familiar, cultura corporativa, consumismo, cultura comunitaria ((tradición)), cultura cívica y cultura global (ciencia, progreso universal) (p. 417).

Un estudio detallado de este mapa de agencias estructurales en el sistema capitalistas maduro sería muy prolijo y complejo. Quizá habría que observar únicamente dos cosas, a saber: a) la jerarquía núcleo/periferia en el sistema mundial es el resultado de un intercambio desigual o mecanismo imperialista que opera no sólo porque el promedio productivo de los países centrales tiene una composición orgánica más alta, sino porque, sobre todo, los trabajadores de los países periféricos reciben salarios más bajos (un carpintero en los EE.UU. puede ganar hasta diez veces más que un carpintero mexicano, pese a que usan la misma tecnología). Tal intercambio permite el traslado de la plusvalía de la periferia al centro. Como observa A. Emmanuel, este mecanismo que reproduce tales inequidades es inherente a la relaciones núcleo/periferia y es causa, por supuesto, de un desarrollo desigual; b) el derecho sistémico que corresponde al espacio mundial es la suma de reglas y estándares normativos que organizan la jerarquía núcleo/periferia y las relaciones entre los Estados-naciones en el sistema interestatal (p. 427). Este derecho tiende a ser fuerte en retórica y violencia y débil en burocracia. Es, según se ha visto, fuente de pluralismo jurídico y de debilitamiento del Estado-nacional, pues la **lex mercatoria** opera como **realpolitik**, cuestión de negocios, o presión desnuda, imperialismo o abuso de poder. El giro de las investigaciones y el proceso de privatización se da dentro de esta tesitura normativa leonina en la cual la **lex mercatoria** es, a menudo, efímera, en la medida en que el contrato formado entre las CNT y sus abogados con sus contrapartes, al tener que ser aceptados por el socio más débil, no puede ser enteramente típico, dado que supone un intercambio desigual, expresivo, como dice Santos, de una forma oportunista de poder (p. 434).

En cuanto a las formas de conocimientos ya se ha visto que la tarea de la teoría crítica posmoderna es promover, a través de la retórica dialéctica, en cada uno de los racimos de relaciones sociales, la convergencia de **topoi** emancipatorios y argumentos o sentidos comunes antihegemónicos, aptos para expandirse en audiencias cada vez más amplias, hasta que lleguen, eventualmente, a convertirse en tópicos liberadores universales. Por supuesto que, en la medida en que estas luchas se den en constelaciones complejas de modos de conocimiento, poder y derecho, la tarea corre el riesgo de fracasar o de ser neutralizada. Pero si la utopía surge de la crisis, la transición o **bifurcación** como la llana Prigogin ofrece una vasta situación fluctuante proclive a la voluntad de cambio (p. 445).

De hecho habrá que contar con que las sociedades capitalistas se caracterizan por la supresión hegemónica del carácter político de cualquier forma de poder, excepto la dominación, del carácter legal de las formas de derecho, excepto el derecho público y los modos compulsivos del derecho privado, y del carácter epistemológico de las formas de conocimiento, excepto la ciencia. Por eso, el nuevo sentido común emancipatorio exige identificar y caracterizar las constelaciones regulativas, es decir, los múltiples espacios de opresión en las sociedades modernas y la interconexión tópica y oculta que se da entre ellas. La invención de significados fuera de esas constelaciones es la semilla de nuevos sentidos comunes articulables en prácticas sociales proclives a la emancipación (pp. 454 y 455).

X

El Derecho como Mapa Dislectivo (Map of Misreading).

Las luchas sociales sobre el poder, el derecho y el conocimiento tienden a ser performativas, en el sentido de que producen, más bien que reproducen, formas de poder, derecho o conocimiento.

El propósito del análisis de Santos es mostrar que las luchas sociales nunca se libran en general (otra vez la crítica de la macrofísica del poder) sino en espacios específicos, donde los límites de la estrategia parecen estar en las posibilidades que el derecho, en el sentido ya indicado, ofrece (legalidad e, incluso, ilegalidad o alegalidad) (p. 458). Santos emplea la metáfora del mapa para referirse al derecho como contexto normativo donde las luchas se producen. Los mapas distorsionan la realidad y organizan el territorio que representan por medio de correspondencias creíbles y operativas. La misma función distorsionadora puede constatarse en el poema, pues los poetas intuyen la realidad poética mediante una **dislectura** de la realidad perceptible.

Aunque por diversas razones, mapas, poemas y leyes distorsionan realidades sociales, tradiciones o territorios, su función **dislectiva** se hace conforme con ciertas reglas. Los mapas distorsionan la realidad con fines de orientación, los poemas distorsionan la realidad para crear originalidad, y el derecho distorsiona la realidad para producir exclusividad.

La **dislectura** de la realidad no es, por tanto, caótica. Las relaciones que el derecho mantiene con la realidad social son similares a las que existen entre los mapas y la realidad espacial. De hecho, las leyes son mapas, cartográficos cuando son escritas, o mapas mentales cuando son informales o consuetudinarias. La hermenéutica jurídica es congruente, entonces, no sólo con el tratamiento de los rasgos estructurales de los mapas, sino también con lo que Santos llama la fenomenología del uso de éstos (pp. 458 y 459).

Veamos el tipo de simbolización que emplea el mapa o el derecho para que resulten prácticos. En el caso de los mapas éstos representan indudablemente la realidad espacial, pero, al mismo tiempo, la distorsionan por medio de la escala, la proyección y la simbolización. La realidad de los mapas depende de una tensión permanente entre la representación y la orientación, de modo que, por ejemplo, una representación excesiva o exhaustiva haría ineficiente su función orientadora. El mapa de Borges, que reproduce detalle por detalle el territorio representado es inútil y carece, por consiguiente, de función orientadora (p. 459).

La orientación se cumple mediante la escala que establece la **ratio** de distancia y dimensiones de un espacio para averiguar sobre el plano las medidas reales de lo representado; a través de la proyección que permite representar el elipsoide terrestre sobre una superficie plana, llamada plano de proyección, conforme a ciertas reglas geométricas, lo cual se hace según factores técnicos, pero también de acuerdo a la ideología del cartógrafo y al uso específico que se la atribuya al mapa. Dice Santos que, durante la Guerra Fría, los **mass media** occidentales solían mostrar un mapa de la URSS diseñado según la proyección cilíndrica de Mercator, en el que las latitudes alta y media aparecían exageradas en detrimento de las latitudes intertropicales, a fin de inflar el tamaño de la URSS y dramatizar la extensión del peligro comunista (p. 461). Aparte esta función ideológica, los mapas son "proyectados" respecto de una posición privilegiada, como los mapas medievales, donde Jerusalén o La Meca, se distinguían como centros, según que el mapa fuera europeo o árabe; y por último, por medio de la simbolización que pone en símbolos gráficos los rasgos seleccionados y los detalles de la realidad representada (ibíd.).

Esta digresión permite comparar la imaginación cartográfica con la imaginación jurídica. La retórica dialéctica enseña que el uso repetido de una metáfora puede conducir a una descripción literal. Hoy, como

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

dice Santos, las leyes son mapas en sentido metafórico, quizá mañana lo sean en sentido literal (p. 462).

En cuanto a la escala, en el derecho habría que distinguir tres clases de espacios, a saber, el local, el nacional y el transnacional. Aparte el tipo de escala (legalidad de gran escala o de pequeña escala), el enfoque posmoderno subraya la circunstancia de que el derecho crea la realidad que posibilita su aplicación. Las nuevas formas de legalidad transnacional, por ejemplo, crean un espacio global que suele entrar en conflicto con el espacio nacional. Es así como la concepción de responsabilidad en las nuevas convenciones (convenios con las CTN), se hace autónoma frente al derecho nacional (p. 469). Los contratos introducen cláusulas vagas en el derecho aplicable, tales como principios generales de derecho, usos de la vida comercial, con el propósito de evadir la aplicación del derecho nacional. Por otro lado, el sistema de arbitraje suele invocarse con el mismo fin. Se suscriben, además, acuerdos o protocolos que violan abiertamente las leyes nacionales (por ejemplo, la autorización del Congreso de fecha 4 de julio de 1995 de los convenios para la exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos, bajo el esquema de ganancias compartidas). A esto se agrega que la legislación nacional sobre transferencia de tecnología es ineficaz y que la competencia de los tribunales nacionales es sustraída en beneficio de las CTN. La violación del derecho nacional ha sido tan amplia que el propio código de ética para las CTN (del cual los **mass media** casi se han olvidado) incluye la asombrosa cláusula de que las "corporaciones internacionales respetarán las leyes de los Estados donde operan" (ibíd.).

Escala, proyección y simbolización no son pues, procedimientos neutrales. La opción entre ellos es la expresión en ciertos tipos de intereses y disputas, y la supresión de otros. La interlegalidad es esencialmente regulativa, el pluralismo jurídico que le es inherente puede contribuir a la creación de un nuevo sentido común normativo con alcance emancipatorio (p. 473).

XI

Utopía Emancipación y Subjetividad

Charles Fourier decía que los científicos sociales se caracterizan por una gran distracción metódica, a saber, la de descuidar las cuestiones primordiales. Esto explica que las ciencias sociales, en su versión de hegemónica, sólo busquen producir conocimiento que se adecue a la ingeniería de corto plazo, conforme a los patrones epistemológicos de las ciencias naturales. Es, por supuesto, una manera de eludir los problemas fundamentales y una forma de crear una especie de racionalización jurídica que es un **ersatz** de la comprensión científica, y, que deviene, gradualmente, utopía inercial.

Frente a este proceso de colonización científicista, Santos propone una nueva clase de sentido común que podría llamarse **conocimiento prudente para una vida decente** (p.477). Pero, para ello, habría que reinventar un mapa emancipatorio resistente a la regulación hegemónica y reelaborar nuevas subjetividades individuales y colectivas aptas para usar y querer el uso de tal mapa. En el centro de este proceso de reinvención, está al crear nuevas formas de conocimiento basadas en una nueva retórica que promueva la solidaridad y la tolerancia frente al caos, pues es desde este polo ontognoseológico que puede inducirse la transición paradigmática. Santos subraya el papel del principio de comunidad, coordinado con las ideas de solidaridad, participación y placer, así como también con el principio estético-expresivo, que se basa en las ideas de autoridad y **artefactualidad** (p. 478).

El rechazo de la colonización científicista produce una revaloración de la utopía, debida a que la utopía es una metáfora que surge del déficit de epistemología y una nueva psicología. Como nueva epistemología, la utopía rechaza la clausura de horizontes y posibilidades proclamadas

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

por la ideología del fin de la historia, y cree en alternativas emancipatorias; y como nueva psicología, la utopía rehúsa la subjetividad del conformismo y estimula la voluntad para la lucha por el cambio (p. 481).

Lo que se propone, entonces, es cierta **heterotopía** que no sea la invención de algún lugar inexistente, sino el desplazamiento, dentro del mismo lugar (el nuestro), desde la **ortotopía** hacia la **heterotopía**, o, mejor dicho, desde el centro hacia la periferia.

En este orden de ideas, la modernidad provee muchos materiales para la construcción de un nuevo paradigma, pero lo que no provee es el diseño arquitectónico de la edificación, ni la energía suficiente para construirla. La reinención de los mapas emancipatorios requiere la reconstrucción de subjetividades creadoras y entusiastas. La gran falla del proyecto marxista convencional parece estar en el descuido del papel que las subjetividades juegan en el proceso de cambio (p. 482).

Hay varios obstáculos que se oponen a la formación de estas nuevas subjetividades, en primer lugar, el realismo, en tanto y cuanto hijo epistemológico favorito del paradigma dominante, y que, como tal, propicia, paradójicamente, la solución moralista de los problemas sociales. Pero también el dogma del mercado que, como principio regulador hegemónico, organiza el consumo y crea las necesidades en las que basa su dominio. Por eso, el concepto de necesidades radicales es una forma de develar el fraude colonizador del Estado de bienestar, pues éste sólo se ha propuesto la integración de trabajadores al consumo organizado conforme a la ideología del consumismo individual y sintético (p. 485).

El paradigma emergente no sólo propone reducir las necesidades artificiales, sino abolir la jerarquía Norte-Sur, e instaurar un modelo comunitario y ecosocialista de desarrollo, dentro de un sistema

internacional guiado por el cosmopolitismo y la herencia común de la humanidad.

La construcción de nuevas subjetividades emancipatorias supone la emergencia de tres **topoi** mayores: la frontera, el barroco y el Sur.

En orden a caracterizar el **topos** de la frontera, hay que distinguir entre núcleo y periferia, entre centro y margen. El reconocimiento de la transición paradigmática implica un distanciamiento desde el centro, es decir, un apartamiento del paradigma dominante. Pero lo importante es constatar que la vida de la frontera no es una vida marginal, sino una vida ambigua, que supone la contingencia creadora de navegar costeanado, tan cerca del paradigma dominante como emergente. Ya Paracelso expresó metafóricamente esta ambigüedad cuando dijo que había escrito como pagano, aunque seguía siendo cristiano. Esta ambigüedad, pues, es la vivencia de la insatisfacción que produce la hegemonía de la racionalidad cognitivo-instrumental. Debido a esto Paracelso no encontraba conflicto entre la alquimia y la magia, por un lado, y la experiencia científica de la naturaleza, por otro; en suma, veía, en forma clarividente, que era posible conjugar a la **Ecclesia** con la **Mater_Natura** (p. 498).

El barroco es, naturalmente, congruente con la frontera, pues, históricamente, el barroco es el Sur del Norte en el barroco europeo, así como el barroco latinoamericano es el Sur del Sur. Pero es necesario advertir que la subjetividad barroca no pertenece técnicamente al periodo barroco, sino más bien al romanticismo que como se sabe presenta afinidades esenciales con aquel.

Lo barroco se da en la temporalidad posmoderna de la interrupción y reclama el derecho a conceder a la apariencia estatuto ontológico, aunque transitivo y compensatorio. Y ello porque el paradigma dominante le pone la etiqueta de apariencia a las prácticas paradigmática anómalas. Ya Schiller y Rousseau exigían para la

Hacia una comprensión posmoderna del derecho

subjetividad plena la potencia mediadora de la forma estética, más allá de las estrecheces del cientifismo.

Santos introduce el **topos** del **sfumato** y el mestizaje (p. 502) para explicitar el poder del barroco en la comprensión del tránsito paradigmático. **Sfumato** es la confusión de contornos entre los objetos representados, como nubes y montañas, mar y cielo. Esta metáfora hace posible enriquecer la tesitura espiritual de la comunidad humana con el estilo de Occidente (derechos humanos), India (**dharmā**) e Islam (**umma**) al mismo tiempo. América Latina es, gracias a su mestizaje, un prodigio étnico, donde el sfumato se ha dado con vena creadora. Lo que propone este mestizaje es la superación de la lógica de cada uno de los contornos y la construcción de una nueva lógica intersticial. Sería el apogeo de la ironía, para usar las palabras de Rorty.

¿Y qué decir sobre el Sur?, Santos dice que es la forma de sufrimiento humano que la modernidad capitalista ha producido (p. 507). El Sur es la otredad colonizada por el Norte imperial, discriminada y segregada por la subjetividad eurocéntrica (antropología y orientalismo). Esta segregación ha sido instituida por una epistemología colonizadora que condena al "otro" a la incapacidad de representarse a sí mismo. El "otro" es así reducido a la categoría de objeto sin voz. La respuesta a esta discriminación está dada por los movimientos liberadores de Tercer Mundo, como el que expresó Ghandi desde la India sabia. "Consideramos -dijo Ghandi- que nuestra civilización es en mucho superior a la vuestra. Vuestras escuelas y vuestros tribunales no nos sirven. Queremos la restauración de nuestras escuelas y nuestros tribunales. Nuestro lenguaje no es el inglés sino el **hindi**. Si vosotros queréis hablar con nosotros tenéis que aprender el lenguaje que hablamos" (p. 511).

El momento del sufrimiento humano es el momento de la contradicción entre la experiencia del Sur y el derecho a una vida decente. Pero lo que hace ominosa esa contradicción es que la hegemonía encubre el

sufrimiento humano, y, cuando el encubrimiento no es posible, el sufrimiento es neutralizado como fatalidad irredimible.

Maracaibo, febrero de 1997.

GLOBALIZACIÓN ÉTICA¹

Luz Marina Barreto

Universidad Central de Venezuela

Una de las razones que explican por qué la reflexión sobre la ética contemporánea es un fenómeno relativamente tardío, tanto en la reflexión filosófica, como en la política y en la economía, es su subordinación a las ciencias sociales y a la filosofía política. La referencia histórica más inmediata es la del pensamiento marxista, que aspiraba al establecimiento de relaciones éticas entre los seres humanos en virtud de la instauración de un sistema político y económico capaz de conducir las expectativas morales en una dirección ética correcta. De este modo, la teoría política ha tendido a eclipsar la deliberación y fundamentación de principios morales, principalmente porque se cree que las relaciones éticas entre los seres humanos derivarán naturalmente de un orden político justo.

Esta ilusión nunca ha sido tan aguda como durante el apogeo del modelo marxista como ideal de sociedad. En la reflexión marxista no hay demasiada claridad respecto de lo que se debe entender por justicia. Engels, por ejemplo, supone que la justicia es tener todo lo que se desea, en manifiesta ceguera o ingenuidad respecto de lo que Rawls ha llamado las *circunstancias de la justicia*: que los bienes son escasos. Para Marx una sociedad justa implica la supresión del trabajo alienado, entendiendo por trabajo no-alienado que cada ser humano puede dedicarse libremente a hacer lo que quiera, sin la tiranía del trabajo orientado a satisfacer necesidades básicas de supervivencia.

¹ Este ensayo es un resumen de un artículo más amplio denominado “La ética en tiempos de globalización”, que saldrá publicado próximamente.

Pero algunos de los prejuicios marxistas respecto del trabajo alienado explican una de las características más curiosas de los regímenes políticos adscritos al bloque soviético: la mirada un tanto despectiva sobre el trabajo intelectual y una desmesurada valoración del trabajo manual, que se reflejaba en los salarios sin ninguna proporción con los costos de producción y con el valor del producto (que, por lo demás, nadie sabía cuál era realmente) que se pagaban a los trabajadores menos calificados. Existen las anécdotas, incluso simpáticas, de los profesores universitarios que ganaban menos que un obrero de fábrica en Moscú, pero, al respecto, tenemos también los crímenes de Pol Pot, que ordenaba fusilar a todo aquel que usara anteojos y del que sólo cabía protegerse si uno ocultaba su educación.

Estas torpes nociones de justicia social presentes en el pensamiento marxista incluyen, sin embargo, otro tipo de intuiciones que para nosotros son importantes. Una de ellas es la noción de equidad, así como la aspiración a impedir diferencias escandalosas en la distribución de bienes en una sociedad. Y es aquí en donde las esperanzas del régimen político socialista de hecho se confundieron con lo que Milan Kundera llama nuestros gastados y aburridos principios morales. Nuestros aburridos principios morales, como veremos, establecen una regla para la distribución de merecimientos y sanciones; por lo tanto, una regla para la toma de decisiones en relación con nuestras actitudes hacia los otros. Por razones que tienen que ver con la distribución de las restricciones exigidas a la autonomía individual, estas reglas suelen ser lo más equitativas posibles, ya que son recíprocas. Las normas morales tienen que ver con la distribución de bienes o recursos escasos, es decir, con las cuestiones que atañen a una teoría de la justicia, en el sentido de que fundamentan los principios que rigen esta distribución, pero no se solapan con ella. No obstante, es muy fácil pretender que con la distribución justa de *bienes* se liquida cualquier problema ético en una sociedad. Que la equidad política no es la misma equidad implícita en la moral puede mostrarse al examinar los presupuestos de la ideología

marxista en torno al manejo de la diferencia. La imposibilidad de manejar las diferencias que, casi inevitablemente, toda sociedad humana supone, ha hecho que individuos dominados por la pasión, que es irracional y dañina, de la envidia social, confundan su resentimiento con indignación moral. Pero es en la cuestión del manejo de las diferencias entre los hombres en donde se debate el problema moral.

John Rawls, en su *Teoría de la Justicia* de 1971, define dos reglas fundamentales de interacción, es decir, dos principios de justicia: el principio de la igualdad y el principio de la diferencia. El principio de la igualdad reza que todos los individuos tienen derecho a la distribución equitativa de aquellos bienes básicos que les permitirán satisfacer sus planes de vida individuales, incluyendo igual acceso a oportunidades para su satisfacción. Es importante notar que este igual acceso a oportunidades implica que se puede contrarrestar la injusticia normal de la lotería natural, que dota a cada individuo de una utilidad inicial de la que no es responsable y de la que puede ser víctima, tal como haber nacido en circunstancias desafortunadas o poseer rasgos físicos desfavorecedores.

El principio de la diferencia reza que las diferencias serán distribuidas de modo que no desmejoren la situación del menos favorecido. Esto significa que cargos de responsabilidad o privilegios que, por razones objetivas, no pueden distribuirse equitativamente entre los miembros de una institución (como posiciones de liderazgo mejor pagadas, etc.), se otorgarán a aquellos que, como mínimo, no reduzcan los beneficios absolutos de las organizaciones que presiden, desmejorando las utilidades del menos favorecido, o que, como mayor aspiración, aumenten esas utilidades.

El principio de la diferencia es, en Rawls, un principio para la distribución de las desigualdades. Puede resultar una verdad trivial que las desigualdades *existen*, pero el pensamiento de la izquierda considera

que deben ser *eliminadas*. Entre mis estudiantes, hay quienes piensan que todo está muy bien con el principio de la igualdad, pero no entienden como podría venir a cuento el de la diferencia.

Ahora bien, las diferencias a las que se refiere Rawls con su principio tienen que ver con diferencias que están fuera del control de una sociedad bien ordenada y no tanto, o no todavía, con el respeto liberal a las particularidades ajenas y al ejercicio de la autonomía de otros individuos. Rawls está pensando más bien en la administración de las diferencias que son inevitables en un mundo en donde las cosas escapan a nuestro control. Así, no podemos controlar la suerte que alguien vaya a tener, o la mala suerte de otro; tampoco podemos controlar sus dotes naturales, ni su inteligencia ni su belleza; impedir que individuos que se inclinan por ciertas posiciones y profesiones estén mejor que quienes se inclinaron por otras. Existen, por supuesto, diferencias injustas que hay que contrarrestar, y este es el espíritu de los artículos antidiscriminatorios que aparecen en todas las constituciones liberales, así como el de otras medidas (estoy pensando en diferencias como origen social, raza y sexo). Pero otras diferencias, tales como quiénes están mejor capacitados para ocupar posiciones de liderazgo, o quiénes han adquirido gran poder político o económico en base a talentos naturales o golpes de suerte, tienen que *administrarse* de acuerdo con la regla mencionada o cualquier otra, y no, simplemente, pretender eliminar.

Muy cerca de esta necesidad de administrar las diferencias que, naturalmente, trae la vida, se encuentra el respeto liberal a la autonomía del otro. Pero, repito, ambas no deben confundirse. Ambas formas son analíticamente distinguibles, pero es más difícil hacerlo en la vida real, en donde resulta complicado establecer cuáles diferencias son inevitables y escapan a nuestro control, y cuáles deben ser contrarrestadas por consideraciones de justicia. Por esta razón, es *injusto* que seamos egoístas, es decir, que no deseemos producir para el

bien común, como sucedió en el socialismo realmente existente, pero es *inmoral* atropellar a las personas a causa de su egoísmo. La lucha armada es, entonces, inmoral en este segundo sentido, aunque la motivación que persigue la igualdad social sea legítima. Las diferencias políticas que implican dolorosas desigualdades son injustas, pero es inmoral obligar a todo el mundo a renunciar a toda forma de diferencia, incluyendo la posibilidad de disfrutar los beneficios de sus talentos.

Así, el respeto a la diferencia puede ser entendido como el respeto a que el otro ejerza su autonomía en el ejercicio de su capacidad de decidir y elegir. Este tipo de justificación está basada en la consideración de los individuos como agentes racionales con fines e intereses particulares y descansa en la idea según la cual un agente racional no sólo quiere alcanzar o producir un resultado en el mundo, sino que también quiere haberlo producido, y quiere que se le permita desear producir cierto tipo de resultados, tales como satisfacer sus fines, deseos y motivaciones particulares. Dadas las circunstancias de la justicia el agente racional que tiene una pretensión razonable a que se le respete su libertad, puede llegar a un acuerdo de mutua conveniencia con otros agentes racionales que, por las mismas razones, también aspirarían a ese respeto. El acuerdo moral estaría, de este modo, basado en un contrato de esta naturaleza. Pero ahora preguntémosnos si este respeto a la diferencia, que está a la base del concepto moral de justicia, se realiza en sociedades signadas por el fenómeno de la globalización y por lo que se ha llamado la *New Economy*.

Con frecuencia se esgrime como justificativo a los tratados de libre comercio consideraciones de justicia. En efecto, no es justo para mí, pero, sobre todo, para el consumidor, que si yo produzco a precios más competitivos que los tuyos no pueda concurrir contigo en un mercado en donde mis productos puedan poner de relieve tu ineficiencia y tus altos, e injustos, precios. El ejemplo entre Japón y los EEUU puede ilustrar de nuevo esta situación. Durante los setenta, el mercado

norteamericano comenzó a ser inundado por automóviles japoneses más baratos, mejor hechos, más eficientes y más bonitos. Esto sucedía mientras Japón protegía su mercado de las importaciones norteamericanas (de hecho, la industria japonesa de automóviles no se habría capitalizado sin este proteccionismo). La primera reacción de la poderosa industria automotriz norteamericana fue la de exhortar a los consumidores a que la protegieran, comprando sólo lo hecho en casa. Paralelamente, comenzaron las reestructuraciones de plantas de producción de automóviles a lo largo del país, que arrojaron a la calle a miles de trabajadores sin empleo. Esto, como es natural, encendió aún más los ánimos en contra del Japón, de modo que la campaña en favor del consumo de productos locales se hizo cada vez más agresiva, con slogans y afiches visibles por todas partes.

Pero es claro que campañas que apelan a la solidaridad de la sociedad civil tienen un éxito muy restringido cuando se alude al bolsillo del consumidor y se afectan sus aspiraciones por una mejor calidad de vida. Los consumidores deciden comportarse usualmente como decisores racionales, eligiendo lo que en teoría de las decisiones se llama la opción dominante respecto de las utilidades esperadas. Volviendo al ejemplo de la paradoja del prisionero, el decisor racional elige aquella utilidad que le trae mayores beneficios (la de confesar e incriminar al otro), aun cuando, como en el caso de las paradojas del prisionero, esta elección resulte peor para él.

Es así como puede resultar peor para los consumidores de un país limitarse a adquirir aquellos productos que son más baratos o mejores que los productos nacionales. Pero el proteccionismo también tiene sus inconvenientes. Estadísticamente hablando, el proteccionismo no mejora sino que daña la capacidad productiva de los países, perpetuando vicios e ineficiencias.

Una vez más, se ha sugerido que el esquema de la paradoja del prisionero sirve para explicar por qué son más racionales los mercados abiertos.² Se trata de instaurar ciertas reglas de reciprocidad que, a largo plazo, benefician a los agentes racionales en juego. De esta manera, la cooperación mutua “déjame competir en tu economía y yo te dejaré competir en la mía”, trae mejores beneficios para ambos que la restricción proteccionista. Por otra parte, la competencia estimula la eficiencia y la variedad de productos y, con ello, la posibilidad de elección por parte de los consumidores y el mejoramiento de su calidad de vida. La competencia no es simplemente un asunto a eliminar en vistas de una vida en armonía, donde nadie se pelee con nadie por nada. La competencia es un valor humano; genera autoestima en el ganador, siendo la autoestima un bien tan básico como la seguridad y la libertad. La competencia nos obliga, también, a tomar consciencia de lo que realmente somos: una especie entre otras en un planeta con recursos limitados. Sin competencia no podríamos darnos cuenta jamás de que existen límites para lo que podemos desear y satisfacer. El primer mal de las economías inflacionarias es que la gente consume más de lo que puede. El primer origen de la desigualdad es que la gente tiene más hijos de los que puede mantener y de los que puede absorber esa misma sociedad. De esta manera, en su intento de aliviar el déficit de un creciente gasto público, el estado populista se ve obligado a imprimir dinero que no resulta de la actividad productiva de los miembros de la sociedad civil. La competencia es positiva porque enfrenta a los individuos con su propia vulnerabilidad, con la necesidad de medida, con la posibilidad de cooperación mutua y con la necesidad de pactar.

Pero, cabe preguntarse también si lo único que traerá la economía globalizada son beneficios. La fundamentación liberal del libre mercado resulta equitativa solamente cuando los actores principales poseen una utilidad inicial similar y las desventajas de algunos actores son compensadas. Este axioma vale para todo intercambio y

² Cfr. Axelrod, Robert, 1987, *Die Evolution der Kooperation*.

distribución de bienes o recursos justo o equitativo, de tal manera que Rawls la coloca a la base de su *Teoría de la Justicia*, y lo siguen Gauthier o Ackerman. Como, no obstante, es imposible cumplir estas condiciones en el mundo real (no todos pueden ignorar las utilidades iniciales que ya poseen y que les otorgan ventajas), Gauthier (1986), en su crítica a Rawls, ha sugerido la creación de un mecanismo provisional para nivelar utilidades llamado el *proviso*. Este *proviso* consiste, sencillamente, en un recurso que otorga a los que no tienen ninguna ventaja que negociar en el mercado algún tipo de utilidad inicial. En sociedades como la nuestra, un seguro de paro forzoso, un crédito estatal u otorgado por organizaciones de carácter gubernamental, una beca, son todos mecanismos del carácter del *proviso*. Del mismo modo, en acuerdos internacionales de libre comercio, el Estado, por lo general, se reserva medidas de esta naturaleza, comprometiéndose, sin embargo, a evitar, en lo posible, medidas proteccionistas de carácter unilateral. Al mismo tiempo, convenios y tratados de cooperación entre países de una misma área, como la Unión Europea, el Nafta o el Mercosur, tienen el sentido de dotar a los países que la integran de mayor capacidad competitiva en otros mercados.

Pese a todo esto, los prospectos éticos de un mercado globalizado son críticos en áreas como las de la salud, la educación y la investigación científica, es decir, en las áreas esenciales para la economía postindustrial del próximo siglo. La así llamada *New Economy* está basada en la riqueza generada por tecnologías de alto nivel, información y servicios, y el prospecto de una recesión producida por inventarios excedentes o por una demanda que no puede satisfacerse, parece alejarse cada vez más en el horizonte.³ En la era de la información los mercados se vuelven cada vez más eficientes. La apertura comercial ha beneficiado en primer lugar no sólo a las grandes

³ Véase, al respecto, las declaraciones de Robert Di-Clemente, ejecutivo de Salomon Brothers, en la *Neesweek*, junio 23, 1997, p. 15. Estoy en deuda con David Parker por ayudarme a comprender este punto.

empresas transnacionales, sino a las empresas que poseen, respecto de otros países, años de ventaja en investigación o departamentos de Investigación y Desarrollo con una larga tradición o con una infraestructura plenamente constituida.

Hace años en Venezuela existió una legislación (me parece a mí que introducida en el primer gobierno de Carlos Andrés Pérez) que obligaba a todas las empresas a tener un departamento de Investigación y Desarrollo. Sin embargo, dado que en Venezuela, que a causa del precario sistema educativo y del nivel académico de nuestros dirigentes, tanto políticos como empresariales, por cada individuo con visión hay varios que no ven mucho más allá, esta saludable medida fue desapareciendo poco a poco de las consciencias de todo el mundo. De modo que, al lado de algunas empresas que sí poseen departamentos de Investigación y Desarrollo (especialmente en el área petroquímica), existen miles que se contentan con enviar a algún que otro *accionista* con cargo ejecutivo a Europa o a los EEUU, para que traiga los *catálogos* con nuevas innovaciones.⁴ Esta falta de visión es mortal en una época signada por la globalización. Las ventajas que tienen grandes empresas transnacionales con capital para financiar su introducción en

⁴ Esta información me fue suministrada por un ejecutivo medio de una importante empresa de equipos eléctricos en Venezuela. En ella, la figura que podría haberse considerado un departamento de Investigación y Desarrollo estaba constituida por un sólo individuo, un técnico con largos años de experiencia en la compañía, pero que no había pasado por una universidad. La empresa en cuestión contrata ingenieros egresados de nuestras universidades para ocupar cargos medios en el área de compras corporativas, desperdiciando un valioso capital humano que ha sido formado por el país a un costo muy elevado, en tareas que podría hacer un técnico medianamente cualificado. Estos profesionales no participan en programas innovativos, se les obliga a participar en “cursos de formación profesional” dictados por compañías sumamente mediocres, especializadas en asuntos de dudoso carácter científico tales como “programación neurolingüística” o “talleres de autoestima”, y no se les brinda la posibilidad de crear productos o estrategias innovadoras. Entrar en la era de la globalización con empresas como ésta, de las cuales existen muchas en Venezuela, es suicida.

un mercado, y departamentos de Investigación y Desarrollo que las doten de productos baratos e innovadores, se volverán, con el paso del tiempo, cada vez más difíciles de contrarrestar.

La situación adquiere visos alarmantes si tomamos en cuenta que serán las empresas basadas en el conocimiento las que dominarán la vida económica del próximo siglo. Empresas que manejan productos de alta tecnología, tales como las telecomunicaciones, la biotecnología, nuevos materiales, informática, etc., desplazarán a los productos tradicionales en la generación de beneficios. A medida que la comercialización de materia prima ha perdido su *momentum* en la economía mundial, mientras que, dicho sea de paso, en los países desarrollados se trabaja aceleradamente en el logro de fuentes de energía más baratas y menos contaminantes, y los productos manufacturados se vuelven cada vez más sencillos de producir y comercializar, de manera que no hay excedentes en los inventarios o la demanda excede cada vez menos la oferta, la oferta de productos basados en conocimiento complejo será crucial en el surgimiento de nuevas y mayores ganancias. De esta manera, no es casualidad que la fortuna más grande de los EEUU sea ahora la de Bill Gates.

Pero lo más grave es que la riqueza generada por el conocimiento supone una infraestructura de investigación que no poseen, ni por asomo, las mayores empresas de los países subdesarrollados. Y, así, nuestra situación respecto de los productos innovadores que provienen de otros países está caracterizada cada vez más por la dependencia y la tutela. La necesidad de adquirir a precios dolarizados las innovaciones producidas en otros países en áreas cruciales para el hombre, tales como la medicina, el transporte, la información, etc., eleva crecientemente la necesidad de desviar recursos que podrían emplearse para mejorar la calidad de vida de los venezolanos. Así tenemos, por ejemplo, el caso de una investigadora del IVIC, quien desarrolló un test de diagnóstico barato y rápido para detectar la presencia en el estómago de una

bacteria que causa trastornos tales como úlceras y lesiones de carácter canceroso. El test que se consigue en el mercado, y que viene de los EEUU, fue desarrollado por un investigador austríaco y aparte de ser sumamente costoso, es menos rápido y sencillo que el desarrollado por nuestra investigadora. Además, el test venezolano está diseñando para su uso en los hospitales públicos, dado que por las razones de costos mencionada, el test norteamericano resulta inaccesible para un extenso número de venezolanos.

El investigador austríaco, sin embargo, aparte de vender los derechos comerciales de su test a una compañía farmacéutica norteamericana, patentó el uso de la bacteria. Por más absurdo que parezca, uno no puede patentar en los EEUU un producto natural, pero sí puede patentar el uso comercial de ese producto. Esto puede suceder con cualquier cosa que se encuentre libremente en la naturaleza o con productos artesanales: se puede patentar el uso de un árbol (como sucedió recientemente con el árbol Nim de la India, que es considerado sagrado), el uso de una bebida ritual indígena (un norteamericano patentó el uso de una bebida fermentada para uso ritual sin pedir permiso a los tradicionales usuarios de la misma), o con el uso de un gen especial (esta es una de las consecuencias posibles de la biotecnología). De modo que poco después del desarrollo de su test, nuestra investigadora recibió la visita de los representantes latinoamericanos de la poderosa compañía farmacéutica que detenta los derechos del test que existía en el mercado y con la amenaza de una demanda, conminó a la investigadora del Ivic, y al Ivic claro está, a interrumpir toda comercialización del test que ella había desarrollado.

Desde el punto de vista moral, este hecho tiene implicaciones sumamente graves. En primer lugar, obliga a los pacientes venezolanos a adquirir el test que les recomienda el médico a precios prohibitivos. Y, en segundo lugar, atenta contra nuestra autonomía como nación que tiene derecho a velar por la calidad de vida de sus ciudadanos y a

invertir dinero para ello. Desconozco cuál es la situación con otros productos naturales, pero si fuera posible patentar el uso de todos los productos naturales estratégicos, a las universidades y centros de investigación venezolanos no les quedaría la menor oportunidad de garantizar la productividad económica de la nación en relación con los productos biotecnológicos. Esto sería lamentable, ya que se comprometería para siempre importantes recursos económicos, tanto públicos como privados, para pagar costosos productos terminados. Esto ya sucede ahora con una cantidad de medicinas que se venden a precios verdaderamente astronómicos y con equipos y costos médicos que dejan en la ruina a pacientes de clase media. Deberíamos preguntarnos cuántas muertes se han producido en Venezuela porque los pacientes renuncian voluntariamente a seguir gravando los recursos de sus familias con costosos tratamientos médicos. Lo que es ahora un mal que afecta a unos pocos desafortunados, puede convertirse en un problema endémico a medida que la población venezolana vaya envejeciendo, con un gran número de individuos para siempre exiliados de las posibilidades de mejorar su calidad de vida con el acceso a los adelantos de la medicina.

La indiferencia gubernamental en relación con estos problemas, el silencio que oculta todos los males que puede traer la globalización, se debe, me parece a mí, a la falta de visión. Con una extensa población que es menor de 35 años, los individuos que padecen cáncer o enfermedades graves constituyen una minoría que nuestros gobiernos se han podido dar el lujo de ignorar. Tal vez se imaginen, algo ingenuamente, que la situación de enfermos graves que deben pagar varias veces el sueldo mínimo para cancelar una sola dosis de una medicina es una de las consecuencias naturales de las economías descentralizadas, perfectamente soslayables con la ayuda de seguros, etc. Tal vez nos comparen con el paciente medio norteamericano. Pero esta homologación sería un error. El costo de estos productos médicos en un futuro cercano podría constituir una pesada carga para el estado,

aparte de la inmoralidad que constituye abandonar a su suerte a un gran número de venezolanos para que enfrenten el costo irreal de enfermedades graves con sus recursos privados, tal vez incapaces de entender qué tipo de lógica los obliga a recurrir a la caridad para vivir. Pero de una cosa estoy segura: no se trata de la lógica del mercado, sino la de la subordinación, dependencia e incapacidad de negociación. No es la legitimidad del “neoliberalismo” la que está en juego aquí, sino la legitimidad de los experimentos económicos que se copian sin imaginación ni esfuerzo, sin adaptarlos a nuestros problemas y sin explorar sus posibles flexibilidades, serviles ante el que invierte unos cuantos verdaderamente insignificantes dólares y temerosos ante la perspectiva de exponer ante el otro nuestras necesidades y negociar inteligentemente en favor de ellas.

Si se pueden soslayar este tipo de problemas, está claro que el fenómeno de globalización puede traer consigo un gran número de empleos. La especie humana necesita, básicamente, techo, comida y salud, de modo que una economía abierta resultaría positiva si puede absorber a los desempleados y mejorar la calidad de una gran mayoría, por lo menos con respecto a necesidades esenciales. Como he dicho antes, la economía abierta coloca al ser humano ante la realidad de la competencia y nos obliga a cada uno de nosotros a reflexionar en torno a los hijos que deberíamos o no deberíamos tener, así como nos coloca ante el reto que nos urge a mejorar nuestra productividad haciéndola más eficiente. Todo lo que nos trae a la dura realidad, todo lo que nos vuelve más conscientes de los modos como organizamos nuestras vidas y nos despierta del sueño de la dependencia, en el que todo es culpa de quienes “están en el poder”, es positivo y debe ser bienvenido.

Pero es indudable que la globalización beneficia a las grandes empresas, especialmente a aquellas capaces de financiar los costos de introducción en un mercado con capital fresco. Por supuesto que esta situación también es posible en mercados cerrados, pero no es frecuente

que empresas locales tengan que competir sistemáticamente con megaempresas, capaces de inundar los medios de comunicación con insistentes y llamativas campañas publicitarias. Por otro lado, las necesidades humanas no son infinitas y la capacidad que tenemos para ofrecer soluciones y opciones innovadoras tampoco lo es. Hay, me parece a mí, un peligro real de uniformización del mercado, aunque sea simplemente porque los mercados no regulados tienden naturalmente a los monopolios y oligopolios. A medida en que se vuelven más globales los negocios posibles, la capacidad de un saludable control político se vuelve cada vez más difícil y lo que ha sido regulado jurídicamente pasa al terreno menos seguro de la negociación y el compromiso. Las consecuencias de este proceso requieren, por lo menos en este punto, un cierto ejercicio de adivinación.

Puede suceder que nuestra dependencia respecto de productos médicos foráneos, por ejemplo, se vuelva crónica. La pregunta interesante es si estos productos se volverán, para quienes no los producen (siendo muchos de ellos, hay que decirlo, muy fáciles de producir) más baratos y accesibles. Puede ser que se agote nuestra capacidad de competir en áreas estratégicas para la economía del próximo siglo y, una vez más, nos veamos obligados a hacer depender todos nuestros ingresos de la exportación de materias primas y sus derivados. Podemos fácilmente imaginarnos a nuestros tecnócratas del futuro sugiriendo que, como no somos rentables en la industria tecnológica avanzada, sería mejor cerrar universidades. Esto significa que seguiremos siendo tan pobres e improductivos como lo somos ahora, un punto insignificante y prescindible en el conjunto de las grandes economías del planeta. Significa que nuestros trabajadores seguirán siendo considerados sustituibles y los sueldos permanecerán tan bajos como ahora. El estancamiento de los salarios no se produce porque el empresario sea, necesariamente, “malo”, sino porque no tiene ninguna razón económica para subirlos y, ahora que la economía libre es un hecho en casi todo el planeta, mucho menos tiene una razón política.

De modo que todavía están por verse las peores consecuencias de la globalización desde la perspectiva de la ética. Mientras que en las economías tradicionales la revalorización del capital exigía la distribución política de los sueldos, lo que se está observando ahora es que el empresario gana más especulando en la bolsa, que invirtiendo en la creación de nuevas empresas y nuevos puestos de trabajo. Al mismo tiempo, las perspectivas de globalizar su capital le permite eludir las regulaciones políticas en torno a los derechos de los trabajadores y buscar su fuerza de trabajo en costas menos exigentes. Si, como sugiero aquí, los países subdesarrollados no logran alcanzar la competitividad de otros países en áreas estratégicas, las grandes transnacionales conseguirán a sus empleados menos cualificados a tres por locha, como se suele decir.

La única salida a todo esto es, claro está, como todo o casi todo el mundo ya se ha dado cuenta, invertir en educación, tanto en educación básica, media, como superior (con bachilleres no nos podemos insertar en la nueva economía, pero es también cierto que sin profesionales no universitarios jamás seremos eficientes). Esa debería ser la prioridad de nuestros gobiernos, pero la increíble falta de visión de algunos miembros del ejecutivo, que consideran que, por el contrario, los profesores universitarios arruinan al país, y piensan que nuestras universidades son onerosas, cuando son ellas las únicas que le han dado algo bueno a Venezuela y explican nuestro nivel de vida actual en el medio de una economía extraordinariamente improductiva, nos amenaza.

Lo otro que hay que hacer, como lo he venido sugiriendo, es aprender a gobernar de un modo soberano e inteligente en las aguas de una economía globalizada. Esto implica tener presentes los peligros que se puedan presentar y con generosidad, con todo el país y respecto de todos los venezolanos, tomar todas las previsiones que sean necesarias.

Este ensayo no ha hecho sino ofrecer algunas indicaciones en torno a la dirección a la que hay que apuntar.

REFERENCIAS

- Ackerman, Bruce, 1980. **Social Justice in the Liberal State**, Yale University Press.
- Axelrod, Robert, 1987, **Die Evolution der Kooperation**, R. Oldenbourg Verlag.
- Gauthier, D., 1986, **Morals by Agreement**, Oxford University Press.
- Habermas, Jürgen, 1991. **Erläuterungen zur Diskursethik**, Suhrkamp.
- Hollis, Martin, 1987. **The Cunning of Reason**, Cambridge University Press.
- Hume, David, 1990 (1739-40). **A Treatise of Human Nature**, Oxford University Press.
- Kundera, Milan, 1982. **El libro de la risa y del olvido**, Seix Barral.
- Nozick, Robert, 1995. **La naturaleza de la racionalidad**, Paidós.
- Parfit, Derek, 1984. **Reasons and Persons**, Clarendon Press, Oxford.
- Popper, Karl, 1971 (1962). **The Open Society and Its Enemies**, Princeton University Press.
- Ralws, John. 1971. **The Theory of Justice**, Oxford University Press.

HACIA UNA TEORÍA DEL DERECHO POSTMODERNA

Ana Julia Bozo de Carmona
Universidad del Zulia

La labor del abogado es entendida comúnmente como aquella que consiste en buscar y ubicar en los códigos y leyes la disposición adecuada para resolver un caso y aplicar las consecuencias jurídica/s previstas en la norma a la situación de hecho controvertida.

La Filosofía del Derecho producida y enseñada hasta ahora en las universidades de Venezuela y del resto del mundo responde a esa conceptualización. Los problemas físico-jurídicos: concepto de derecho, norma, vigencia, eficacia, etc.; las fuentes del derecho, la hermenéutica jurídica, y muchos otros han sido trabajados desde esa perspectiva ilustrada o moderna que concibe el derecho como el único sistema de normas legitimado para regular la conducta humana social a partir de la concepción legal del mundo y de la vida reflejada en las disposiciones positivas.

Esa visión del derecho es un mito, extraordinariamente fuerte; pero un mito al fin y al cabo. Tal afirmación no es verdadera. No porque el derecho, lejos de ser un sistema completo y estático, es un sistema dinámico en permanente creación y modificación. Esta condición es ya un lugar común en la teoría jurídica sin que tal aceptación haya resultado en una desmitificación del derecho toda vez que la modificación y autocreación permanente del sistema de normas se cumplen siempre y necesariamente conforme a los mecanismos y criterios de valoración -legales- incluidos en el ordenamiento jurídico-positivo.

La mencionada visión del derecho es un mito porque los conceptos e ideas que utilizamos los seres humanos para hacer el mundo que nos

rodea inteligible y manejable se han alterado en su contenido y han perdido su cualidad de referentes éticos legitimadores de lo jurídico. Me refiero a conceptos tales como: responsabilidad, libertad, autoridad, conocimiento científico, justicia, correcto/incorrecto, etc.

La comprensión (no-definición) de tales conceptos e ideas es un previo necesario para responder algunas preguntas cruciales para la regulación de la conducta social y de los conflictos derivados de la misma: ¿Cuáles son los principios y estándares que debemos acordar para hacer posible el discurrir armonioso de la vida social a escalas local y planetaria?, ¿Por qué esos principios y estándares son válidos?, ¿Cómo sabemos que lo son?, ¿Qué es lo que cada individuo debe a los otros individuos con los que comparte la praxis social?, ¿Qué es lo que yo, como individuo que interactúa socialmente, puedo creer, o decir, o hacer?, ¿Cuáles padecimientos sociales podría el derecho tratar de aminorar?, ¿Cómo lograrlo?, ¿De cuáles padecimientos sociales y en qué medida es responsable cada individuo?, ¿Por qué soy responsable de las consecuencias sociales de mi conducta?, ¿Es el derecho puesto por el Estado el orden legitimado para discriminar esas responsabilidades?, ¿Cómo puede ser puesto el derecho para responder a emergentes reclamos de legitimación?, ¿Cuál es el derecho bueno?...

El diseño de respuestas a tales interrogantes y perplejidades constituyen un reto aun no aceptado resueltamente por los estudiosos del derecho y del fenómeno jurídico quienes nos empeñamos en intentar una revisión extensiva de nociones modernas que son incapaces de responder con sentido los problemas de nuestra contemporaneidad.

No es esta la oportunidad para extenderme acerca de los argumentos que prueban tal incapacidad, de la cual, en todo caso, dan cuenta los esfuerzos y discusiones académicas y extraacadémicas cuyos intentos desesperados por proveer respuestas se traducen en producción intelectual escrita y verbal en el marco casi infinito de información que se maneja en nuestra cultura de los “webs” (o

cultura de las redes de información). Sin embargo, ilustraré esa incapacidad con un ejemplo breve:

La filosofía jurídica y política modernas tienden a enfatizar la noción de identidad (bien sea la identidad individual de la tradición liberal o la identidad del grupo social propia de la tradición marxista) cuando uno de los más claros y resaltantes aspectos de nuestra contemporaneidad es la erosión de las tradicionales formas de identificación personal o social: el género, la clase, la raza, el gremio, la familia heterosexual fundada en la monogamia, etc.

Muchos, por no decir la mayoría de los individuos, funcionan más eficazmente fuera de esos parámetros tradicionales de pertenencia y se acogen a otros criterios de identidad *ad hoc* (todavía en construcción) que son considerablemente más fluidos.

Nosotros no podemos fundar nuestras decisiones acerca de cómo actuar en las nociones de racionalidad o legitimidad asociadas a la noción de identidad moderna porque los individuos y los grupos, en nuestra sociedad de fines de siglo, experimentan un alto grado de inestabilidad en su pertenencia a una clase, a una etnia o incluso, a un sexo. Estos contextos identificatorios se nos presentan sólo como narrativas fragmentadas, desagregadas de una generación anterior a la que vivimos.

La filosofía jurídica y política tiene que asumir el reto de repensar la significación de nuestras acciones imbricadas en una data social multicultural que, como individuos, necesitamos lograr comprender y reorganizar.

Derrida, Rorty, Habermas, Lyotard, Deleuze, Guattary; Mac Intyre, por mencionar sólo los más innovadores pensadores en nuestra disciplina, insisten en asumir las construcciones teóricas de la modernidad tal como nos son dadas con el propósito de criticarlas, pero permanecen incapaces, o no deseosos, de concebir soluciones

que requerirían aventurarse mucho más allá de los viejos paradigmas.

Los problemas de racionalidad jurídica, de actuación legítima, de deseo, de responsabilidad, de identidad individual y grupal deben ser trabajados aceptando que importantes procesos de transformación se están cumpliendo en el espectro social.

La historia jurídica puede ser sintetizada en dos grandes periodos:

1) La ciencia jurídica clásica característica de fines del siglo 18 y comienzos del siglo 19. En beneficio de la simplificación, este periodo podríamos denominarlo “de la razón universal” ya que toda la actividad de producción y aplicación de normas de derecho se fundaba en la creencia de que tales normas descansaban en principios universales e inmutables que aseguraban los derechos de los individuos sujetos a las normas.

2) La “*jurisprudence*” del siglo XX. A este lapso lo llamaremos “del pragmatismo”. La teoría jurídica dominante en este siglo ha sido instrumental: el derecho es un instrumento que asegura el orden social; su legitimidad descansa en su capacidad de servir a un propósito social. La teoría jurídica ha fallado, sin embargo, en la definición de cuál o cuáles deben ser esos propósitos sociales y en la proposición de las estrategias a través de las cuales pueden lograrse. La muestra más evidente de esa falla es el fracaso del *Welfare State*.

Son diversas las orientaciones que podemos diferenciar entre los intentos de estructurar explicaciones coherentes de lo jurídico en este segundo bloque. Me parece ilustrativo citar, en este sentido, las más recientes porque ellas muestran que experimentamos un cambio de rumbo en el espacio de la reflexión jurídica. Me refiero a las escuelas o corrientes conocidas como: Derecho y Economía, CLS (*Critical Legal Studies*), Teoría feminista del Derecho, Derecho y Literatura, Teoría Racial Crítica, etc.

En efecto, entre los académicos y prácticos del Derecho ha surgido el interés de trabajar la posibilidad de reemplazar las verdades fundacionales, los valores trascendentales y las concepciones neutrales del derecho por una explicación del Derecho no esencialista, plural y contextual y por una Teoría de la toma de decisiones inscrita en una sociedad multicultural.

A fines del siglo XX nos vemos forzados a reconocer:

- Que el derecho es en sí mismo una forma discursiva culturalmente específica.
- Que no hay una uniformidad (valorativa) preexistente explicativa de la cultura: Hay heterogeneidad y multiplicidad cultural. En consecuencia:
- La autoridad del derecho fundada en una metanorma jerárquicamente superior y subyacente al derecho positivo o, en un propósito social legitimado monoculturalmente se ha tornado crecientemente problemática.

La práctica y la teoría del Derecho liberales características de la modernidad están basadas en una concepción del lenguaje que asume la capacidad de las palabras y los conceptos para capturar objetivamente el significado de los eventos que el Derecho pretende describir y controlar. El lenguaje jurídico profesional usa categorías abstractas tales como objeto/sujeto, derecho/sociedad, sustantivo/adjetivo, etc. para construir reglas de derecho que satisfacen los requisitos jurídicos de generalidad y objetividad. La Teoría del Derecho moderna asume que esas dicotomías representacionales permiten al sistema legal producir decisiones neutrales utilizando el recurso de la interpretación jurídica.

Sin embargo, los nuevos desarrollos en la Teoría Jurídica han producido una fragmentación o fractura en ese modelo representacional. Podemos decir que vivimos, en el ámbito jurídico “una crisis de representación” porque los cánones tradicionales de Verdad se desdibujan y surgen explicaciones que aceptan la verdad como un discurso construido social y contextualmente. La búsqueda

de la verdad se ha constituido en un proceso de “performatividad” social.

Culturas diversas compiten por el control del sistema de normas y no resulta claro si el derecho puede definirse como un orden impersonal, universal o legítimo en este contexto de división cultural o diversidad.

En la compleja sociedad de fines de siglo XX los criterios de racionalidad son dramáticamente diversos porque definen distintos subgrupos de la población, cada uno de los cuales ve y piensa la realidad (y el derecho) desde su propia perspectiva.

Resulta interesante aprovechar esta afirmación para justificar el título y tema de esta ponencia; esto contesta la pregunta: ¿Por qué proponer una Teoría del Derecho Postmoderna distinta a las orientaciones teórico-jurídicas inscritas en el pragmatismo del siglo XX?

La respuesta es la siguiente: El punto de vista pragmático en la Teoría Jurídica concibe el Derecho como un proceso instrumental moldeado por factores extrajurídicos como la historia, la economía, la cultura, etc. La contextualización es una característica que el pragmatismo jurídico comparte con las explicaciones postmodernas del Derecho, pero el pragmatismo contextualiza el Derecho según una cultura y una sociedad (occidentales) homogeneizantes, mientras que desde la postmodernidad se acepta y reivindica un mundo de heterogeneidad cultural irreductible en el cual cada uno de nosotros posee muy diferentes bases de conocimiento y de experiencias de vida.

Si el Derecho pretende mantener su carácter de recurso de control social, debe ser estudiado y trabajado como tal en el marco de la Teoría Jurídica.

Hemos argumentado que las soluciones a los problemas del heterogéneo orden social que compartimos no están implícitas en las reglas y principios formalmente elaborados o en los procesos lógico-formales de aplicación del Derecho. La Teoría Jurídica no puede ser ajena a ese hecho. Es preciso trabajar en un drástico cambio en los contenidos de esa subdisciplina filosófico-jurídica.

Mi propuesta es trabajar, desde la Filosofía Jurídica y la Filosofía Política, en la sustitución de la justicia legal por una justicia creativa. La definición de tal justicia es una tarea pendiente. Sin embargo, hay un punto de partida dilucidado: la justicia creativa es la justicia de una sociedad activa, que asume un mundo turbulento caracterizado por la diferenciación y los cambios vertiginosos en lo social, lo tecnológico y, consecuentemente, en lo ético.

Nosotros necesitamos una “revolución práctica” para una profesión impráctica: el derecho. Tal revolución incluye -al menos- dos requisitos: 1) Reformulación de las categorías formales con las que trabajamos los juristas para transformarlas en categorías funcionales. 2) Desarrollo de la comprensión de la estructura social en la cual el derecho opera, lo cual implica tomar en cuenta las contribuciones que desde otras disciplinas y ciencias pueden ayudar a la solución de los problemas sociales.

La teoría jurídica necesita ser repensada y reformulada. En este trabajo esbozaré cuatro direcciones hacia las cuales la Filosofía Jurídica debe dirigir sus esfuerzos y su reflexión para cumplir aquella revolución práctica en la teoría jurídica.

- La teoría de la verdad ilustrada debe ser reemplazada por una teoría de la verdad sistémica.
- La racionalidad universal fundada en la legalidad o en la legitimidad derivada de la autoridad (soberanía) estatal debe sustituirse por una racionalidad perspectivista.
- La metodología jurídica debe tornarse una metodología basada en la acción.

- Un nuevo diseño del proceso judicial que incluya la concepción de las partes como agentes cuya pluralidad debe ser respetada tiene que sustituir la imagen de un proceso “imparcial” en el cual una de las partes está en lo correcto, la otra en lo incorrecto, y es tarea del juez esclarecer “la verdad”.

Bibliografía Consultada

Books:

- BRIDGES, THOMAS. **The Culture of Citizenship: Inventing Postmodern Civic Culture.** Albany: State University of NY Press, 1991.
- FARREL, FRANK. **Subjectivity, Realism and Postmodernism. The Recovery of the World.** Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- BABICH, BABETTE. **Nietzsche’s Philosophy of Science: Reflecting Science on the Ground of Art and Life.**
- REHG, WILLIAM. **Insight and Solidarity: The discourse Ethics of H. Habermas.**
- ZIMMERMAN, MICHAEL. **Contesting Earth’s Future: Radical Ecology and Postmodernity.** Berkeley Un. of California Press, 1994.
- GUTTING, GARY De. **The Cambridge Companion to Foucault.** Cambridge UN. Press, 1994.
- WALUCHOW, W.J. **Inclusive Legal Positivism.** Oxford: Clarendon Press, 1994.
- BABICH, BABETTE. **Continental and Postmodern Perspectives in the Philosophy of Sciences.**
- RAZ, JOSEPH. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.** Oxford: Clarendon, 1994.
- MANN, PATRICIA. **Micro-politics: Agency in a Postfeminist Era.** Minneapolis: Un. of Minnesota Press, 1994.

- FLEISCHACKER, SAMUEL. **The Ethics of Culture**. Itaca, NY, Cornell Un. Press, 1994.
- HORTON, JOHN and MENDUS SUSAN. **After Mc Intyre**. Notre dame Press, 1994.
- FOUCAULT, MICHEL. **The Order of Things**. NY, Pantheon Books, 1970.
- RORTY, RICHARD. **Philosophy and the Mirror of Nature**. USA, Princeton Un. Press, 1979.
- _____, _____. **Contingency, Irony and Solidarity**. UK, Cambridge Un. Press, 1989.
- GEUSS, RAYMOND. **The idea of a Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School**. Cambridge Un. Press, 1981.
- ROSNER, RICHARD. **Overcoming Law**. Cambridge, Mass, Harvard Un. Press, 1995.
- DOUZINAS, COSTAS. **Postmodern Jurisprudence: The Law of Texts in the Texts of Law**. NY, Routledge, 1991.
- LUCKACS, JONH. **The End of the Twentieth Century and the Modern Age**. NY, Ticknor & Fields, 1993.
- MINDA, GARY. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at century's end**. New York, New York Univeristy Press, 1995.

Journals, Scientific Events Memories, Periodical, and Collectives

Issues

- PATERSON, DENNIS: *Postmodernism, Feminism, Law*. **Cornell Law Review**. 77, 1992.
- Symposium: Frontiers in Legal Thought. **Duke Law Journal**. 1990.
- Symposium: Legal Education. **Michigan Law Review**. 1993.
- Postmodernism and Law: A symposium. **University of Columbia Law Review**. 1991.
- EPSTEIN, RICHARD: *Legal Education and the politics of exclusion*. **Stanford Law Review**. 45, 1993.

EL SENTIDO DE LA CULTURA JURÍDICA FINESECULAR: ¿UNA NUEVA CULTURA JURÍDICA POSTMODERNA?

Roque Carrión Wam.
Universidad de Carabobo

0. El pensamiento iusfilosófico finesecular padece del mismo mal que caracteriza a la cultura misma, es decir comparte con todas las manifestaciones culturales el hecho de sufrir un mal generalizado e impreciso llamado "crisis". Como todos sabemos, este mal no es una novedad en la historia clínica de la cultura de occidente. En este sentido, los que ejercen la actividad profesional de diagnosticar los males culturales, tienen ya un lenguaje más o menos establecido. Una de las peculiaridades del diagnóstico de la "crisis finesecular", es el uso de un lenguaje tomado prestado, y por ello despropósito de sus sentido original, del metalenguaje matemático: se dice que el "modelo" cultural moderno "está agotado". En general nunca se aclaran estos términos: "modelo", ni se describe con precisión qué puede significar la situación de "agotamiento" de un "modelo" que describe conductas humanas, es decir, "formas de vida culturales".

0.1 Otro término muy usado para describir el orden humano moderno agotado al cual se contraponen el nuevo orden por venir, es el de "paradigma", término prestado de la jerga de los historiadores de la ciencia. Resulta por lo menos curioso señalar que los términos "modelo" y "paradigma" pertenecen al conjunto de conocimientos más característicos de la modernidad en crisis: al conocimiento científico; es decir aquel conocimiento en que la razón teórica, abstracta y matematizante encuentra su máxima expresión.

02. No soy pues partidario de plegarse, sin más y dulcemente, al coro finesecular postmoderno. Sin embargo, no niego que nos encontramos en una situación incómoda; que es muy sentida la protesta contra el hambre, la miseria, la intolerancia, la discriminación racial, el olvido de ciertos principios que definen el sentido de la humanidad, la muerte diaria, prematura y evitable de miles de niños en el planeta, la destrucción física del medio ambiente que hace posible la vida misma; que es terrible la desesperación ante la imposibilidad de pagar el costo de un tratamiento médico que salvará nuestra vida, ante la angustia de no poder pagar el costo de un proceso judicial que salvará nuestro patrimonio, ante la arbitrariedad del poder ejercido a través del Derecho y otras manifestaciones señaladas en la creciente literatura "postmoderna", relativas al "agotamiento" de las funciones del Estado y de las relaciones problemáticas entre éste y la llamada "sociedad civil". No creo exagerar si sugiero que los "Cahiers de Doléances" del pueblo francés en plena revolución francesa contenía casi el mismo tipo de quejas, agravadas por otras desgracias religiosas que pesaban sobre las cabezas de los que pronto serían *ciudadanos*.

0.3 La gruesa diferencia entre nuestro sufrimiento finesecular y el inicio de la modernidad es que ésta traería claras y precisas reivindicaciones a través de lo que se denominó "ciencia" y por medio de un nuevo sistema político-jurídico. Hoy no podemos diferenciar entre el ofrecimiento postmoderno de "emancipación" y la "economía de libre mercado"; entre la "investigación genética" para ayudar al control de las enfermedades y la violación de los "derechos del hombre"; entre el bienestar de la humanidad y la supuesta naturaleza humana individualista y competitiva. Desde una cierta "lectura" prejuiciada "Modernidad" y "Postmodernidad" no parecen ser claros polos irreconciliables.

0.4 Por otro lado el "Comunitarismo", de alguna manera nos recuerda un elemento que, con frecuencia, está ausente en la disputa modernidad vs. postmodernidad y que se refiere a la lucha que identifica la ruptura

El sentido de la cultura finesecular ¿una nueva cultura jurídica postmoderna?

fundamental que ocasiona la cultura moderna: el surgimiento de la laicización de la cultura y con ello el entrenamiento del hombre natural y racional desligado de toda relación religiosa y teológica. Este olvido nos oculta gran parte de la génesis histórica de la conformación de conceptos claves de la cultura jurídica moderna, muchos de los cuales se constituyeron gracias al trabajo de los teólogos juristas españoles pertenecientes a la segunda escolástica.

0.5 En suma, bastan estas breves anotaciones previas para llamar la atención sobre la precoz toma de posición de la "metanarrativas" descriptivas postmodernas sobre las "metanarrativas" fundantes que, se afirma, distinguen a la historia de la modernidad. Dejando por ahora de lado estas globalizaciones que califican procesos históricos complejos, centrémonos en las particularidades de la cultura jurídica. Creo que identificar una cultura jurídica resulta más conveniente para nuestros propósitos de precisar aquellos nudos problemáticos que valoramos críticamente, y que son puntos de ataque de un conjunto de expresiones autodenominadas postmodernas.

1. Quisiera poner en la mesa de discusión una característica aún vigente en nuestra cultura jurídica. Esta característica está representada por la obra central de un autor: me refiero a la Teoría Pura del Derecho (TPD) de Hans Kelsen. Creo que la TPD es un claro ejemplo del "paradigma" de la moderna cultura jurídica. Kelsen dice que "Puesto que la teoría combatida (la TPD) no es, de ninguna manera, tan inauditamente nueva, ni se encuentra en contradicción con todo lo producido hasta ahora, puede ser entendida como la combinación de tesis que ya se anunciaban en la ciencia jurídico positivista del siglo XIX.

1.1. Pero también de ella provienen sus oponentes. Lo que provoca escándalo en la literatura no es tanto que yo sugiera a la actual ciencia del derecho un cambio de orientación completo, sino que tenga la impertinencia de insistir en que mantenga una de las orientaciones, entre

las cuales oscila inseguramente de aquí para allá; no es tanto la novedad como más bien la consistencia de mi doctrina lo que la provoca" (Prólogo a la primera edición de la TPD. Trd. de R. Vernengo de la 2da. edición de la TPD. Unam. México). La TPD no constituye pues una ruptura con la tradición jurídica decimonónica, sino su especificación.

1.2. La segunda característica de la TPD es su "pureza". Kelsen dice "Dado que la teoría pura del derecho se mantiene libre enteramente de toda política, se alejaría de la vida palpitante, convirtiéndose así en científicamente carente de valor; se trata de uno de los reproches más frecuentes que contra ella se formula"; pero, precisamente por ello, la TPD ha suscitado la sospecha de ser la "expresión de una determinada actitud axiológica política", y así se le ha acusado desde ser fascista hasta ser atea. Pero, afirma Kelsen "justamente ello demuestra, mejor de lo que yo podría hacerlo, su pureza. Y esta "pureza", que él llama "postulado metódico" a la que la TPD "aspira no puede cuestionarse seriamente, si es que, en general, debe darse algo así como una ciencia del derecho" (Prólogo de la primera edición).

1.3. Lo dicho por Kelsen en el Prólogo de la primera edición de la TPD lo mantiene en el prólogo de la segunda edición de 1960. Kelsen reafirma: "Ahora como antes, una ciencia del derecho objetiva, que se limita a describir su objeto, enfrenta la terca oposición de aquellos que, menospreciando la frontera entre ciencia y política, invocando ésta prescriben al derecho un determinado contenido; es decir: creen poder establecer el derecho justo y, así, el patrón axiológico para el derecho positivo" (Prólogo a la segunda edición de la TPD). Hay aquí un reto de reconstrucción histórica: la TPD es una teoría que inventa un metalenguaje para describir una tradicional praxis jurídica. Si la TPD puede ser asumida como la expresión más acabada de la moderna cultura jurídica, entonces el estudio histórico de ella es un paso ineludible para toda posible crítica de la modernidad jurídica.

El sentido de la cultura finesecular ¿una nueva cultura jurídica postmoderna?

2. ¿Qué postula la crítica postmoderna en cuanto pretende instaurar una nueva cultura jurídica?. Entre todas las manifestaciones que se reclaman postmodernas, hay una que intenta precisar su objetivo: ella es la que propone el "uso alternativo del derecho", entendido como "práctica jurídica en contradicción con el designio de desarrollo social expresado (también jurídicamente) por la clase dominante, sin plantearse igualmente el problema de una cultura jurídica alternativa, en el sentido de un análisis del sistema y de una elaboración de técnicas y categorías conceptuales divergentes de las que cumplen los modelos culturales dominantes". Así, "en estos términos, cultura jurídica alternativa quiere decir simplemente formulación de hipótesis y elaboración de categorías que permitan una explicación adecuada de los vínculos genéticos y funcionales que hay entre las instituciones jurídicas y las estructuras sociales. Desde esta perspectiva se afirma con toda claridad que no hay todavía una cultura jurídica alternativa" (Pietro Barcellona y Giuseppe Cotturi. *El estado y los Juristas*. Editorial Fontanella. Barcelona, 1976. Págs. 254 y ss.). Todas estas son afirmaciones seminales de lo que todavía se conoce como el uso alternativo del Derecho, siendo la manifestación más crítica respecto de la función del derecho moderno.

3. Veamos ahora más en concreto algunos temas relevantes que plantea la crítica postmoderna del derecho, relacionando todo esto con la reformulación de la orientación en la enseñanza y transmisión de la cultura jurídica de base en la formación académica de "profesionales del Derecho".

3.1. La "crisis del Derecho": crisis de la "racionalidad jurídica" y crítica a la cultura jurídica de base en la formación de Abogados.¹

¹ El texto que sigue se presentó como propuesta del CELIJS para ser incorporada en la ponencia que presentó la Facultad de Derecho ante el Congreso Curriculum 97, celebrado en la Universidad de Carabobo en Octubre de 1.997

El Derecho, como otras ciencias sociales que tienen por objeto el estudio de la conducta social humana, pasa por un periodo de fuerte crítica que le sale al paso reclamando, indistintamente, tanto un cambio del método de producción de normas jurídicas (leyes) como de la estructura conceptual del Derecho mismo. La crítica al Derecho viene acompañada de la crítica radical al sistema político de democracia representativa. Aquí unen su suerte el Derecho y el Estado modernos. La crítica global que se le hace a ambas instituciones, debe ponernos en guardia para diferenciar, la historia del proceso de constitución del Derecho y Estados modernos, identificados con ciertas bases filosóficas e ideológicas; el "Derecho Positivo" y el "Estado liberal democrático representativo", son las dos caras de una misma moneda. Desde comienzos del presente siglo se encuentran críticas radicales a la idea del monopolio de producción del Derecho por parte de la "voluntad del legislador", expresión que se refiere a todo el sistema de producción de Derecho positivo: el "legislador" propiamente dicho, según la teoría y práctica del sistema político de democracia representativa (Poder Legislativo) así como a la "producción de derecho" que lleva a cabo el Poder Ejecutivo en sus diferentes modalidades. Por el contrario, la crítica se dirigía a afirmar que el Derecho es producto de la "vida social" que progresa y se transforma con ella. El Derecho "nace espontáneamente de la conciencia de la colectividad y es el producto de la necesidad objetiva de la vida social". Postulados de este tipo servían, en los primeros años de 1900, para construir una teoría de la interpretación de la ley. (Crf. Riccardo Gustini. 1977. "Due studi sulla dottrina dell'interpretazione nei giuristi italiani del primo novecento", en, *Materiali per la Storia della Cultura Giuridica. Raccolti da Giovanne Tarello. Il Mulino, p. 116.*)

3.2. "Absolutismo jurídico" fue el nombre que se le asignó al fenómeno por el cual se identificaba al Derecho con la "voluntad estatal" de tal modo que el Derecho se "iba desarraigando de la compleja riqueza de la vida social, para ligarse a una sola cultura empobrecida e identificarse desagradablemente con la expresión del poder y de la clase que lo

El sentido de la cultura finesecular ¿una nueva cultura jurídica postmoderna?

detentaba". De aquí que "el rígido monismo dictado por los imperiosos principios de orden público impedía una visión pluriordenamental y, en consecuencia, pluricultural, concibiendo un único canal histórico de deslizamiento provisto de altos muros para evitar el ingreso y la mezcla del (mundo) exterior". (Paolo Grossi. 1990. "Assolutismo Giuridico e Proprietà Colettive", en, Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. N° 19. Giuffrè Editore, Milano, p. 506.).

3.3. Hay pues una crítica a la ideología y al manejo dogmático del derecho positivo, y hay una crítica a la teoría del Estado como lugar privilegiado de la producción del Derecho. Esto nos lleva a pensar que no podemos dejar de desconocer esta crítica que nace de la entraña misma de la historia del Derecho y del Estado modernos. Esto supone hacer un esfuerzo serio de conocimiento de esta historia, que aún es la nuestra. No hay que olvidar que el surgimiento del "derecho positivo" y del "Estado Liberal democrático", en su época y hasta el presente, representaron logros de la "humanidad" frente al "oscurantismo iusnaturalista" y la "arbitrariedad" del poder de los reyes y déspotas. Intentar explicar cómo y por qué surgen y declinan las concepciones del Derecho y Estados modernos resulta obligante para el jurista, el profesor de derecho, el abogado, el juez, el político, el sociólogo. En este sentido, una "Historia de las ideas jurídicas modernas" resulta necesario e indispensable en la estructura curricular de los estudios de Derecho.

3.4. La preocupación finesecular por el Derecho ha renovado la crítica del Derecho y del Estado modernos, sobre la base, precisamente, de tener en cuenta los reclamos y exigencias de la vida social efectiva de los pueblos. La complejidad de las sociedades, ha hecho que grandes mayorías de grupos humanos se vean excluidas de los beneficios de la administración de justicia y del reconocimiento legal de sus particulares exigencias. La crítica se ha dividido, por lo menos, en tres grupos: 1) Aquellos que utilizan el Derecho positivo, legislado por el Estado, dándole al Derecho un USO ALTERNATIVO, cuyos objetivos prácticos son, entre otros:

manipulación de las normas jurídicas vigentes otorgándoles un sentido orientado a las exigencias sociales; competir con el monopolio del Estado en la producción de normas jurídicas (vigentes y eficaces); los jueces comprometidos con esta visión crítica (el uso del Derecho alternativo de los jueces gauchos del Brasil) interpretan las leyes considerando las diferencias materiales de los litigantes; afirma que el juez "crea" derecho; el derecho está ideológicamente orientado: el derecho de clase. Por otro lado, el PLURALISMO JURIDICO afirma rotundamente la "existencia simultánea (en relación de pugna o armonía) de ordenamientos legales y sociales dentro de un territorio de un Estado" (Cfr. Elisa Cruz Rueda. 1995. "El EZLN: vindicaciones, demandas y símbolos", en, PORTAVOZ, N° 42. p. 29). Una tercera expresión de la crítica al Derecho y Estados modernos es la que se expresa en términos de una POSTMODERNIDAD JURIDICA. En su expresión moderada sólo "aboga por cambios específicos relacionados con la legislación y con las prácticas institucionales" (Cfr. Eliane Botelho Junqueira. 1996. "Naranjas y manzanas: dos modelos de servicios legales alternativos", en, El Otro Derecho. ILSA. Bogotá. Colombia, pp. 33 y 36). Desde una perspectiva más radical, los propugnadores de una postmodernidad jurídica contraponen los valores de las sociedades locales frente a las "grandes narrativas" que conciben a la "sociedad como una totalidad". La postmodernidad jurídica viene a socorrer y legitimizar la existencia de toda alteridad diferente. Hace énfasis en las etnias, el pacifismo, la ecología, etc.

3.5. Pero en medio de estas tres críticas, hay que diferenciar los elementos sustantivos de aquellos que pertenecen a la estructura racional que otorga validez a cualquier contenido material de justicia. Criticar, por ejemplo, a la teoría jurídica procesal entendiéndola como una "elevación de lo ritual a la categoría de derecho", y agregar que "el derecho procesal consigue el extraño poder de suprimir derechos materiales, objetivos o positivos (como se les quiera llamar) por la simple ausencia de determinado rito o uso defectuoso de algún ceremonial burocrático" (Cfr.

El sentido de la cultura finesecular ¿una nueva cultura jurídica postmoderna?

Miguel Pressburguer. 1990. "Derecho insurgente: el derecho de los oprimidos", en, El Otro Derecho. N° 6. Agosto. Themis-ILSA, Bogotá. Colombia, p. 20.), es confundir las conductas procesales en litigio, las mismas que, efectivamente, hacen prevalecer "estrategias" para "ganar un proceso", y la idea central que está en la base del derecho procesal: el control racional del derecho. Una vez más, lo que hace que los derechos materiales ("tener derecho a ésta o cual propiedad") sean reconocidos como tales es que se "prueben" a través de un proceso racional formal. Y esto es así porque es "inherente a nuestra cultura filosófica y jurídica la idea misma de que la racionalidad es un procedimiento, o un método: que ser racional no significa nada más que actuar de una manera racional".(Cfr. Letizia Gianformaggio. 1993. "La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación", en, DOXA, N° 13. Departamento de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante. España. p. 159.) .

3.6. De lo expuesto se puede concluir que, si se toma en serio la crítica del derecho desde el horizonte de un "nuevo derecho postmoderno", ésta no sólo se debe detener en criticar el mal uso de la racionalidad procesal, sino que debe proporcionar una nueva teoría de la "razón jurídica" que cumpla los objetivos de impedir la "arbitrariedad" y dejar el ámbito jurídico (las conductas permitidas, prohibidas y obligatorias) abierto a la disputa racional de las pretensiones envueltas en el litigio. Esto puede significar desde abandonar la teoría de las " fuentes de la ley", que se ha identificado con la producción estatal de las normas jurídicas, hasta la afirmación rotunda de que el "derecho" se extrae del caso subíndice. Casi como encaminarse a un sistema de "common law". Pero aún si esto puede ser factible, todavía se requiere iniciar una "nueva cultura jurídica".

3.7. La idea de un "nuevo paradigma del Derecho" exige pues mucho más que el simple reclamo en contra de las "injusticias sociales", o el uso alternativo del Derecho, o el reconocimiento de un pluralismo jurídico. Aunque nadie ha puesto reglas para establecer un contexto de descubri-

miento, de modo tal que hagamos efectivas esas supuestas reglas para que "aparezca un nuevo paradigma", es bien cierto que la aparición de nuevas ideas pasan por un periodo de lucha. Se requiere pues identificar con toda claridad al "enemigo" (a la teoría) que hay que abatir, y, en el tráfigo de esa lucha teórica ir construyendo los esquemas (¿racionales?) de esa nueva manera de entender y usar el "Derecho".

3.8. Como consecuencia de lo dicho en 7. proponemos como indispensable el estudio sistemático de la "racionalidad jurídica". Nombre de toda una área de investigación que puede ir desde el estudio de la "racionalidad procesal" hasta las teorías de la argumentación y del discurso de Habermas, Apel y Alexy. (Cfr. Roque Carrión W. 1996. "El modelo de la ética procedimental: formalismo y argumentación en el Derecho", en, Revista de Filosofía, Número Especial II/III, Centro de Estudios Filosóficos. Facultad de Humanidades y Educación. Universidad del Zulia, Maracaibo, pp. 121-137.)

3.9. Todo lo hasta aquí señalado nos lleva a plantear que no se puede enseñar "Teoría del Derecho" sin enseñar "Teoría de la Sociedad" y "Teoría del Estado". El Derecho y la Política de la modernidad mantienen orígenes y desarrollos paralelos e implicantes.

4. Pero tanto el Derecho como la Política son ciencias de la conducta humana; es decir, el Derecho y la Política tratan, a su manera, de la corrección de las conductas humanas. Pero aún hay otra ciencia humana que está en la base misma del Derecho y la Política, y ésta es la Ética. La Ética entendida como la ciencia de las razones fundantes y justificatorias de la conducta humana. Así por ejemplo, los derechos humanos no se justifican sino desde una perspectiva ética. El Derecho positivo se desentiende del proceso de justificación de los "derechos humanos" en su materialidad misma, y sólo, se dice, que los "reconoce". La justificación material de esos derechos: la pregunta por las razones que fundamentan

El sentido de la cultura finesecular ¿una nueva cultura jurídica postmoderna?

el "derecho a la vida", es una cuestión que le corresponde resolver (es decir hacer ver la problematicidad de tal idea) a la ética. Hablamos de Ética como una metateoría que no determina ni justifica los fines del hombre, sino que los estudia en sus diferentes grados de complejidad justificatoria.

4.1. Hay, por supuesto, Éticas normativas, es decir estudios racionales de la conducta humana que afirman positivamente qué se debe hacer y qué se debe evitar. Hay pues éticas moralizadoras. Como se ve, tampoco aquí se trata de enseñar "Códigos de Ética" (que en realidad son Códigos de Moral, pues señalan lo que se debe hacer), sino de mostrar el proceso histórico en el que se conforman las diferentes teorías éticas, es decir las diversas teorías de justificación de los concretos actos morales.

5. Creemos que si todo lo anterior es correcto, imaginar un "currículum inflexible" para "enseñar derecho", es, en estas condiciones, inadecuado. Lo propio para aprehender la problematicidad histórica del derecho, como idea regulativa de la conducta humana, es la elaboración de un PROGRAMA TEMÁTICO en el cual se introduzca a los interesados a la lectura, discusión crítica, investigación de todos los grandes temas de la teoría del Derecho y del Estado modernos y de la posibilidad de construir una teoría del Derecho que resuelva los nudos centrales de las "viejas" teorías.

5.1. Hay un punto particularmente confuso en todas las críticas al Derecho moderno finesecular: se confunde los "conflictos sociales", con el "objeto litigioso". Los primeros dependen de la particular organización socio-económica, mientras que el segundo lo determina las normas que rigen el proceso judicial. Por eso, cuando de "juridiza" un "problema social", éste, se dice, ha sido "regulado"; y, por supuesto, pierde toda su fuerza emotiva en tanto problema material de tal o cual ser humano (ciudadano). Este es precisamente uno de los "elementos mágicos" de la

dogmática jurídica. Así pues la "razón" del derecho calma las pasiones. Y este es otro punto al que debe prestársele especial atención en la enseñanza del Derecho. La "Dogmática Jurídica" es uno de los temas fundamentales para entender cómo opera el derecho positivo; su desvelamiento nos dejará frente a un reto difícil de resolver.

6. Una enseñanza del Derecho acorde con el estado de crisis finesecular, debe ser una enseñanza en donde se muestre la historicidad de los problemas con los que se enfrenta la solución pacífica y racional de los "conflictos " humanos. El derecho es hoy visto como uno de los instrumentos racionales para la solución de conflictos; pero no es el único, e incluso hay una fuerte corriente que ve la práctica jurídica (judicial y contractual) vigente como un medio perturbador que no ayuda a mejorar la calidad de la vida social. La acérrima crítica al "Estado de Derecho", por haberse constituido éste en un instrumento de la lucha política por el poder y de "terrorismo judicial", es uno de los síntomas más graves de la banalización del Derecho. Y esta situación no se debe precisamente a la teoría del Derecho, sino a la "mala práctica" de la misma. Y donde hay "mala práctica" hay "malos prácticos", es decir "prácticos" del Derecho desprovistos del sentido ético del Derecho. El Derecho, como cualquier otra ciencia humana es una "ciencia práctica", es decir una ciencia donde interviene un tipo de racionalidad orientada a justificar las acciones humanas. En este sentido una "mala práctica del derecho" supone "malos prácticos del derecho", es decir operadores (abogados, jueces, profesores de derecho, notarios, registradores) que usan el derecho sin escrúpulos respecto de la seriedad racional del derecho como instrumento regulador de la argumentación justificadora. "Decir cualquier cosa" y " alegar cualquier razón", en un lenguaje impropio marca la pauta diaria del quehacer jurídico. Y esta situación no se alterará si no se cambia la base de "cultura jurídica" que soporta la práctica racional crítica del derecho.

El sentido de la cultura finesecular ¿una nueva cultura jurídica postmoderna?

6.1 De todo lo expuesto se concluye que los estudios de Derecho deben ser reorientados². Y esto significa mucho más que una mera reforma "curricular". Por eso creemos que, en el contexto aún vigente de la enseñanza del Derecho como una "carrera profesional liberal independiente", los estudios de Derecho deberían reformularse teniendo en cuenta: 1) Nivel de orientación "técnica" del derecho y 2) Nivel de orientación socio-político-filosófica de la razón práctica jurídica. La orientación "técnica" del Derecho se refiere a una modalidad de uso del Derecho como instancia "legalizadora" de actos en los cuales el "derecho" se expresa en criterios más o menos bien definidos como, por ejemplo, en el campo de procedimientos legales para la tributación, constitución de algunas sociedades civiles o comerciales, contabilidad, etc. En este contexto se puede imaginar una formación profesional técnica que se reflejaría en un nivel de "grados técnico-legales": asistente TECNICO-LEGAL para empresas; asistente legal para abogados, etc. Aquí cabe una formación técnica -legal para desarrollar actividades en el campo del procesamiento de datos jurídicos (un nivel de la informática jurídica); archivo legal, etc. Cada uno de estos grados técnico-legales debe definirse con claridad el ámbito de acción, para evitar confusiones. En todo caso ningún grado de asistente técnico-legal facultaría para el ejercicio de la profesión de Abogado. Este primer nivel de formación técnico-legal no puede exceder los tres años de formación teórico-práctica.

6.2. El Nivel de orientación socio-política-filosófica de la razón práctica jurídica, supone estudios de no menos de cinco años de formación teórica y práctica. Estos estudios conducirían a la obtención del título de Abogado. Un Abogado debe ser una persona capacitada para resolver problemas intrasistemáticos del Derecho, como para comprender los conflictos extrasistemáticos y del sistema social. Es decir, por un lado un

² Cfr. Roque Carrión W. "Crisis, Trabajo intelectual y Universidad", en, Conocimiento y Universidad. Ediciones del Rectorado. Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela, 1.995. pp.25-40

Abogado debe poder desenvolverse con soltura frente a los difíciles problemas que plantea la hermenéutica jurídica y discutir en un alto nivel de racionalidad crítica, y, por otro lado, un Abogado debe poder plantearse con claridad metódica, los fenómenos sociales necesitados de regulación legal.

7. El reconocimiento de la calidad académico-profesional de Abogado, debe ser hecho tanto por los profesores universitarios como por representantes del Colegio de Abogados y del Poder Judicial, quienes conformarán un Comité de Grado.

7.1. En este contexto, estudiar Derecho significar realizar un trabajo intelectual arduo y sostenido y desarrollar una capacidad lógica y hermenéutica que permita plantear soluciones coherentes a los problemas concretos, por esta razón ninguna enseñanza del derecho positivo debe realizarse sin un "caso legal" efectivamente existente en el proceso judicial o extrajudicial. La seriedad y gravedad de los problemas humanos sociales que el derecho pretende regular, no pueden ser apreciados desde una posición alegre, facilista y trivial que permite, actualmente, el escándalo de "graduar, anualmente, miles de Abogados a nivel nacional. Devolver la dignidad a los estudios de Derecho exige una pronta y radical reorganización de su estructura curricular y de su perspectiva teórica.

7.2. Esta última sugerencia no significa, en sí misma, una reforma radical de la forma de entender y practicar el Derecho. Sólo tenemos en cuenta la necesidad perentoria de "remozar" los estudios de Derecho. Por el contrario una auténtica reforma de los estudios de Derecho supone algo más profundo: una crítica a fondo de la Teoría que insufla la organización de la sociedad y del "Estado". Es decir, para que el Derecho adquiriera una nueva visión de su función social, es necesario replantear históricamente la orientación de la vida social misma.

EL CRITERIO FILOSÓFICO DE VERDAD

Pedro Barboza de la Torre
Universidad del Zulia

A mediados del siglo XIX, el profesor Rivail, de la Universidad de París, notable pedagogo que fuera predilecto alumno del sabio Enrique Pestalozzi en Inverdun, Suiza, autor de un obra de filosofía trascendente, sostuvo que sólo el "progreso moral" puede asegurar la felicidad de los hombres en la Tierra enfrentando las malas pasiones; porque únicamente dicho progreso puede hacer reinar entre ellos la concordia, la paz y la fraternidad. Se esperaba que el profesor Rivail fuese respaldado por quienes dicen ocuparse del cuidado de las almas. Sin embargo, debió enfrentar una furiosa persecución clerical. La filosofía de Rivail logró, inclusive, ser la base para la formación de algunos grupos de seguidores, y al cabo de cierto tiempo, el mismo Ernesto Sábato resultó ser uno de los intelectuales que tampoco creen que el tal "progreso moral" sea posible, y agregó que, para una enorme mayoría de los seres humanos, es una cosa imposible; porque el mundo está gravemente enfermo de incredulidad y, correlativamente, de feroces dogmatismos.

Es cierto, que en el mundo falta la autenticidad. Predomina el arte de la falsedad y la mentira. En tal contexto se pueden encontrar verdaderos genios de la simulación. Ello dificulta aceptar respetuosamente algunas lecciones de "progreso moral".

Cuando se consulta un expediente judicial, se lee una nueva obra de Derecho, o se conversa con un abogado exitoso y con fama de brillante litigante, o se estudia un fallo judicial, nos damos cuenta que hay una distancia abismal entre lo que enseñamos en las Escuelas de Derecho y

lo que enseña la Filosofía del Derecho en las mismas aulas. Para muchos de los nuevos abogados, las obras de los grandes pensadores jurídicos son desconocidas. Pertenecen a un mundo no descubierto.

¿Tiene límites el conocimiento filosófico?

Afirmó Berthrand Russell, que una mayoría de los filósofos se declara capaz de probar, por un pensamiento metafísico a priori, ciertas cosas como los dogmas fundamentales de una religión, la racionalidad esencial del Universo, el carácter ilusorio de la materia, la irrealidad de todo mal, y así sucesivamente. No cabe duda que la esperanza de hallar razones para creer proposiciones de ésta clase, ha sido la principal inspiración de quienes han dedicado su vida al estudio de la Filosofía.

Para Russell, tal esperanza es vana, y que la Filosofía debe ser estudiada, no por las respuestas correctas que plantea, puesto que, por lo general, **ninguna respuesta precisa puede ser conocida como Verdad**, sino mas bien por el valor de los problemas mismos, porque estos problemas amplían nuestra concepción de lo posible, enriquecen nuestra imaginación intelectual y disminuyen la seguridad dogmática que cierra el espíritu a la investigación; pero, ante todo, porque la grandeza del universo que la filosofía contempla, hace cada vez mayor al espíritu y lo vincula con el universo que constituye su supremo bien. De todas las obras de Russell, que son valiosas, resultan para el tema de esta conferencia, vinculantes, las intituladas **Investigación sobre la Verdad y Alcance y limitaciones del conocimiento humano**.

Seguimos a Russell, y no podemos creer lo falso lo mismo que lo verdadero. Sobre un gran número de asuntos, diferentes personas tienen opiniones diferentes e incompatibles; por tanto, algunas creencias deben ser erróneas. Y como las creencias erróneas son con frecuencias afirmadas con la misma energía que las verdaderas, resulta un problema difícil saber distinguir las de las creencias verdaderas. Es

un problema difícil, saber cuándo una de muchas creencias no es errónea. Es problema de difícil solución satisfactoria.

Respecto de esto, basta recordar cómo en la época de la Venezuela colonial, se mantuvo la prohibición de introducir al país los impresos que tratasen de Filosofía; porque, se sostenía, que la Filosofía sólo sirve para corromper al pueblo de Dios.

El sabio zuliano de fines de siglo pasado, Dr. Manuel Dagnino, que fue uno de los intelectuales más famosos, afirmó en su Discurso de Orden leído en la inauguración de la Universidad del Zulia, el 11 de septiembre de 1891, que "la ciencia se funda en la razón tranquila de quien **inquiére** la Verdad sin pasiones sectarias". Porque **inquirir** es investigar, suena esto a verdad; pero otro pensador eminente zuliano, el Dr. José R. Hernández d'Empaire, en uno de sus famosos libros sostiene, que es condición "sine qua non" de una ciencia, la variabilidad de sus postulados; porque, no obstante la convicción de muchos científicos, "la ciencia no puede identificarse siempre con la Verdad".

Asuntos que deben quedar claros.

Ninguna ciencia puede, honorablemente, fundamentar una Metafísica, ni plantear y resolver un solo problema filosófico. Se dirá que hay científicos que no respetan los límites de las ciencias y, como única justificación alegan hacer una "apertura" a la religión y las creencias de lo extramaterial, en virtud de sus hipótesis científicas.

Se comprende por qué lo hacen los filósofos afiliados a una de las Escolásticas, alegres de las anunciadas aportaciones de la llamada "nueva ciencia", que aparentemente les abre caminos para demostraciones de dimensiones que no transita la Filosofía. Al menos, la Filosofía que ya es considerada una ciencia, que no debe invadir los predios de la Metafísica, ni los de la Religión.

Tales filósofos de la "nueva ciencia", piensan que si la ciencia es la Verdad y no hay verdad que no sea científica, la verdad de la ciencia es convencional como su coherencia lógica. Por consiguiente, toda verdad y toda logicidad son convencionales. Si la Filosofía pretende tener su verdad y su logicidad, la Metafísica, su absolutez, esto significa que son los filósofos quienes se aferran a la idea de permanecer sobre posiciones superadas, arqueológicas, míticas y en cualquier caso, "sin sentido". Concluyen diciendo, que la verdad científica no es la única. Ésta exclusividad no la autoriza ni la misma ciencia.

Habrá que comprender, entonces, que es la **convencionalidad** lo que molesta a los calificados de "modernistas". Les molesta **el principio de convencionalidad de la verdad científica.**

Los científicos hablan efectivamente, de la convencionalidad de la verdad; porque hasta ahora y desde siempre, con el progreso intelectual y espiritual que se alcanza con el cambio de las ciencias y el perfeccionamiento de la educación, las **verdades** obtenidas mediante la Investigación y el rigor científico, han quedado destruidas. Las verdades científicas, entonces, son todas relativas y convencionales. Esta experiencia no ha permitido en el caso de las ciencias, confirmar, siquiera, una sola Verdad absoluta.

Estos principios son honorables cuando se concibe una ciencia como un conjunto de conocimientos sistemáticos y metódicos sobre lo verdadero. Una ciencia no es un conjunto de "sentimientos", ni de creencias. El mejor ejemplo se halla en el ámbito histórico. No es fácil interpretar exactamente el fenómeno histórico. La tarea de la Historiografía consiste en desentrañar la verdad de entre el cúmulo de elementos contradictorios que llegan hasta el conocimiento del historiador, cuyo trabajo no será científico si se empeña en elegir como verdad lo que él mismo "cree" que es verdad, y llega, inclusive, a manipular los hechos, **para que resulte verdad lo que_él cree;** que

seguramente es, también, lo que le conviene que sea verdad. Quien tal haga, no es verdadero científico.

Los modernistas acusan a los filósofos, de no hacer discursos lógicos coherentes, y hasta de haber transformado la Lógica en una simple técnica de trabajo, con lo cual se desemboca en un formalismo convencional.

¿Es la filosofía una ciencia?

Toda ciencia es el producto intelectual de la Investigación, que es una forma de utilizar la inteligencia apoyada en técnicas y métodos perfeccionables y progresivos.

Desde la construcción de la Gran Pirámide hasta mantener en el espacio exterior la Estación Espacial Mir, hay una distancia de miles de años; pero media, también, un proceso muy valioso de avances científicos, que admite cualquier estudioso honesto, que comenzó mucho antes de iniciarse los cálculos mismos para levantar la Pirámide, y que debió ser consecuente para lograrse el portento de las Estación Espacial Mir. En tal proceso, debió mantenerse, conservarse, un consecuente cambio de actitud mental del hombre, que calificamos de "científico", tanto si llamamos al hombre "homo faber", como si lo preferimos llamar "homo sapiens".

Tal proceso creciente de técnicas y metodologías, se hizo utilizando ciencias distintas, físicas, matemáticas, astrológicas, astronómicas, químicas y, sin duda, aún la ahora poco conocida "Homonomía".

Donde el conferenciante desea llevar al pensamiento de su erudito y generoso auditorio, es al conocimiento de que en esta ruta de las ciencias, se ha mantenido una dinámica histórica, que necesitó de una Lógica, que no interesa saber si fue o no absoluta e inmutable. Allí

están los hecho; más importantes que los hechos y los hombres que los protagonizaron, son los ideales que los motivaron. En este proceso pudo haber una o varias Lógicas; pero, para que aquel comienzo haya conducido a conquistar el espacio exterior, siempre se conservó en las mentes la teoría de que sólo con las ciencias se alcanza la verdad, que es, en toda conclusión, la palabra final. Son diversas y diferentes las concepciones que la explican, debido a que todos los hombres tenemos derecho a pensar distinto.

El pragmatismo de los anglosajones les lleva a pensar que, siempre que se habla de "verdad" debe estar presente el criterio de "utilidad" individual o social, pues la Verdad es para lograr éxito en el mundo. En cambio, para el Rector de Salamanca, don Miguel de Unamuno, es Verdad todo lo que produce bienestar espiritual.

El filósofo del Socialismo, Federico Engels, admitió que cada ciencia es la historia de un proceso, y que en la histórico-social suelen encontrarse creencias que lucen como verdades eternas. Ninguna creencia, sin embargo, puede basarse en algo que un buen día pueda ser demostrado erróneo.

Muchos siglos antes de Sócrates, unos matemáticos griegos fueron los iniciadores de la Filosofía. Comenzó como un **método crítico** que cuestionaba las "verdades" sostenidas por los llamados Antiguos Misterios y le solicitaba a sus predicadores, presentar las pruebas de cuanto enseñaban como "verdades inobjectables". Los predicadores cuestionados alegaban no necesitar la presentación de las pruebas que los filósofos reclamaban; porque su calidad de **ciertas** estaba en los hechos de ser **revelaciones** hechas por los genios, los "daimons" y los dioses, que las comunicaban a los elegidos.

Sólo después de Sócrates se empezó a llamar Filosofía a aquel "método crítico". Todavía más tarde, la Filosofía pasó a ser un **arte retórico** que, con el tiempo, quedó atrapado en la dialéctica, cambiando su

principal característica, la de reclamar que en las enseñanzas se respete la certeza que debe acompañar al conocimiento científico.

Nos estamos acercando al meollo de la conferencia.

¿Cuál es el criterio filosófico de la verdad?

El conferenciante inscribe su nombre en la nómina de los investigadores que clasifican las ciencias en esta forma: Ciencias Naturales, Ciencias Exactas, Ciencias del Espíritu y Ciencias Sociales.

Si alguien aún duda que la Filosofía sea una ciencia, esa persona no participa en este Encuentro de Profesores de Filosofía.

Habiendo llegado la Filosofía a constituirse en un Ciencia del Espíritu, exige que las verdades filosóficas sean productos de la Investigación. Tales verdades, a juicio del disertante, no pueden reducirse a meros conceptos hijos de los sentimientos o de la fe, por muy honorables, antiguos y necesarios que se les considere. Por eso no se está de acuerdo con quien escribió esto: "El estudio no es lo único que produce filosóficamente verdades; porque algunas de ellas las produce el corazón".

La credulidad y la fe fueron por siglos las que mantuvieron como verdad la falsedad del Geocentrismo. Fue el teólogo Copérnico quien se atrevió a publicar lo que era cierto, que los cuerpos del Sistema Solar giran alrededor del Sol y no de la tierra. Desgraciadamente, aquella falsedad sirvió para ejecutar a Juan Hus y quizás cuántos otros que conocían la verdad. Galileo Galilei estuvo cerca de pagar con su vida el haber comprobado con telescopios, que era rigurosamente cierta la verdad de Copérnico.

Otra verdad que nunca lo fue, la hallamos en la afirmación de los griegos, que no le creyeron a los egipcios cuando éstos afirmaban que, muy lejos, en el oeste, había una gigantesca isla que llamaban los egipcios **Atlántida**, donde había civilizaciones que construían ciudades de piedra, que utilizaban para la construcción la lava de arcaicos volcanes; que tenían observatorios astronómicos, una rica orfebrería, etc. Tales relatos de los egipcios se referían a las culturas Tolteca, Azteca, Maya, Nazca, Chimusca, Tiahuanacota, etc. En el siglo XV, Cristóbal Colón y tantos otros, demostraron que la enorme isla llamada Atlántida, realmente estaba allí, y ahora se llama América.

Los investigadores vivimos cotidianamente la experiencia de comprobar, que si bien los sentidos nos transmiten sensaciones, no son los sentidos, sino el alma misma, la que interpreta esas sensaciones, que al estudiarlas el alma y hallarles su significación, pasan a llamarse **percepciones**. Para realizar tan interesante operación, el alma actúa con **su conciencia**, que es la facultad de conocerse a sí misma, a través de sus atributos fundamentales.

La Psicología nos enseña, que todas las conciencias no han alcanzado el mismo grado de desarrollo. El desarrollo anímico se alcanza con estudios, experiencias y bajo la guía de buenos maestros.

Al conferenciante le consta que este asunto del desarrollo de las conciencias no se trata con frecuencia, debido a que muchas personas creen saber demasiado de ello, y les es difícil concebir que podrían aprender mucho estudiándolo. Es más fácil creer lo que se enseña en todas las cátedras, sea verdadero o falso. En nuestra Cultura de Occidente, no se maneja mucho el tema; pero en las culturas orientales ocurre otra cosa. Allá se estudia mucho esto.

Del hecho de que el alma puede equivocarse, en este momento podría estar equivocado el conferenciante, o cualquiera otro de los amables

oyentes. Cuando se está expuesto a equivocarse, todos cometemos errores.

En la Filosofía hemos aprendido que la primera ocupación de quien cultiva la Filosofía, consiste en sintetizar, generalizar y cimentar la reflexión científica sobre la vida. El pensamiento es una eminente actividad anímica determinada, y toma diversas formas. Cuando se sabe pensar, se concibe, se imagina, se intuye, se deduce, se induce. Mientras más ciencias se estudian, mejor se piensa. El filósofo, literato, matemático, naturalista, astronauta o astrónomo, necesita convencerse de que las mejores alas para pensar deben ponerse al alma.

Del mismo modo se comprende, que cuanta limitación o condicionamiento se imponga al alma, por cualquier motivo, será limitación o condicionamiento para la capacidad de alcanzar la "verdad", si acaso le está buscando. Otra cosa ocurrirá si el pensador lo que busca es su "verdad", que debe estar e la medida de su voluntad.

Conviene reconocer que la formación racional para poder alcanzar el "criterio de certeza", surge de la experiencia subjetiva, pues sólo de ésta la percepción sensible es perfeccionada por el pensamiento y llevada a la condición de **concepción racional**. Así se empieza a comprender, que la **concepción racional** está relacionada con la **conciencia**. Si la concepción racional no comprometiese la conciencia, no produciría consecuencias espirituales.

Pienso que pocos han pensado que no toda creencia implica razonamiento, y ello es lo que causa las diferencias apreciativas que existen entre las opiniones y creencias que se observan muchas veces en una misma persona, cuando se compara cómo pensaba a los 20 años y cómo lo hace a los 40.

Si "razonar" es la actividad intelectual donde utilizamos la Razón, conviene preguntar: ¿que es la razón misma?.

Razón llamamos la facultad intelectual que se emplea para confrontar y discurrir. Es fuerza intelectual discursiva, sí; pero no es sino cierta forma de actuar la inteligencia, apoyada en la experiencia subjetiva. La razón individual está en proporción directa con el grado de desarrollo de la inteligencia del sujeto. Queda claro, que los conocimientos, y no las creencias, mejoran al razonamiento.

Un medico francés que vivió de 1865 a 1916, vivió varios años en India y Palestina y se familiarizó con los estudios de la psicología que estudió durante varios años allí. Aprendió el hebreo, el arameo y estudió la Cábala, y la Metafísica Indostana. Perteneció a una escuela Filosófica de India. Después escribió varios libros para explicar que la conciencia, tal como resulta en la Naturaleza, se denomina "ordinaria". A partir de allí, los estudios y las experiencias vividas le hacen evolucionar y, a medida que se avanza en la evolución, la conciencia va alcanzando las etapas "religiosas", "místicas", "científicas", "investigadoras" y finalmente puede llegar a ser "misionera".

Los estudios serios, sistemáticos y formales, van preparando a la "conciencia" para que pueda actuar sucesivamente, según el grado de desarrollo alcanzado.

Porque es razonable lo que escribe este médico cirujano francés, para acertar en la percepción científica, la conciencia requiere haber alcanzado la etapa denominada "científica".

Si lo que explica esta Filosofía oriental es cierto, y todo hace pensarlo, el filósofo que sólo haya alcanzado en su evolución anímica, la etapa de la conciencia "mística", concebiría que la verdad filosófica es aquella que complace al misticismo.

Pero, si la Filosofía es una ciencia, el criterio filosófico de verdad será el que satisfaga la exigencia de ser "científico". Vale decir, que puede

demostrar razonablemente poseer la calidad de certeza para la ciencia de la Filosofía.

Como aquí no nos reúne la necesidad de superar todas las diferencias, sino la de enriquecer el convencimiento de que, siendo la Filosofía, una ciencia, sólo la nutre la Investigación, que es la actividad que inquiere, averigua, persigue y publica; porque todo investigador debe publicar los resultados de sus estudios.

Quien comparta el planteamiento que se hace en esta conferencia, se hará mas generoso con quienes se aferran a criterios muy particulares, y se mostrará más dispuesto a participar en equipos multidisciplinarios, donde los grados de desarrollo de las conciencias son diferentes.

A juicio del expositor, el problema no existe entre la religión y la Filosofía, sino entre los filósofos que poseen grados de desarrollo y la conciencia, donde aún no pueden comprender, y mucho menos admitir, que la **percepción consciente** siempre será diferente entre dos pensadores de cultura, y aún grados de cultura distintos.

La clasificación que de la conciencia hacen los filósofos orientales es muy importante. Parece que es en las civilizaciones orientales donde más se halla, mientras poco o casi nada se escucha de esa clasificación en Occidente. Debe haber alguna presión poderosa, de otra Filosofía que no quiere compartir su predominio. De esto, no necesitamos agregar nada.

Es importante la clasificación oriental de la conciencia, que sigue la teoría de la evolución, que inclusive ha llevado a una rectificación del Vaticano, publicada recientemente. La clasificación ayuda a entender por qué leemos a los filósofos, que siguen pretendiendo mantener en la Filosofía, la autoridad de la "revelación" para determinar el criterio filosófico de Verdad.

Este problema es muy antiguo. El filósofo hebreo Baruch Spinoza resultó excomulgado en Holanda por la Sinagoga, por haber actuado al margen de lo enseñado por los rabinos, al sostener que Jehová tiene un cuerpo; que los ángeles son pura alucinación y que el Antiguo Testamento nada trata de la inmortalidad. El 27 de julio de 1656, Spinoza fue excomulgado por la iglesia Hebrea. Los rabinos pronunciaron contra él todas las maldiciones conocidas en la época. La Sinagoga vibró, gritando que Spinoza no respetaba la Teología de los judíos. Como si fuera esto poco, los cristianos de Holanda unieron su odio al de los hebreos, para excomulgar a Spinoza, quien permaneció tranquilo ante tanta intolerancia. En el escándalo hubo filósofos que repudiaron a Spinoza por no estar de acuerdo con otorgar la mas alta jerarquía a la "verdad revelada".

Cuando uno de sus amigos le aconsejó a Spinoza aceptar que, "para la seguridad de la verdad", no existe una fuente mejor que la "revelación", pues la revelación es superior a la Razón, Spinoza respondió por escrito:

"Aunque alguna vez pensara que el "razonamiento" es puramente quimérico, no dejaría de sentirme contento, por que la Razón me hace feliz, en paz, serenidad y alegría".

Cuando David Hume creyó haber demostrado que no existen el **alma** ni la **ciencia**, y que lo que han llamado **alma** "no es sino la sucesión y asociación de nuestras ideas", y que nuestras **certezas** en las llamadas **verdades científicas** no son sino "probabilidades" en peligro de ser **desmentidas**, Kant le replicó, que Hume partía de premisas falsas, pues el pensamiento no procede de sensaciones separadas y distintas que no pueden proporcionar nada que tenga el sello de lo necesario, ni series invariables de nociones en que se pueda confiar para siempre; que antes, es natural que Hume no pueda esperar "ver" al alma ni siquiera con los ojos de l "sentido interior".

Certeza absoluta del conocimiento es imposible si todo conocimiento precede de las sensaciones que nos procuran un mundo exterior independiente, que no puede garantizar regularidad en su conducta, porque los sentidos sólo transmiten sensaciones, y **nunca interpretan**. Sólo el alma lo hace y la "mente", que no es el mismo cerebro ni se encuentra metida sólo en la cabeza, es la que anímicamente elabora la "actitud" (actitud con "c") que sirve al individuo para decidirse por la "acción".

Explica Kant: El hombre dispone de dos vías para alcanzar el conocimiento: el camino de la **intuición**, o canal de la Razón Pura, y el **empirismo**, que es el canal de la Razón Práctica. Con la Razón Pura se logran conocimientos **a priori**, y con la Razón Práctica, conocimientos **a posteriori**. En las matemáticas podemos avanzar razonando por la vía de la Razón Pura.

Para los kantianos, aclaremos, las **verdades absolutas y necesarias** adquieren su estructura del alma misma, que ha obtenido para ello conocimientos, que no son conocimientos de alguna inteligencia ajena y extrahumana. Son verdades que han llegado hasta el alma de manera natural e inevitable. Como afirma Kant de la misma manera como el alma funciona. El alma no es como la cera, puramente receptiva, donde la experiencia y las sensaciones inscriban con absoluta y caprichosa voluntad; porque la voluntad la tiene el alma. No es el alma un simple nombre abstracto para las series o grupos de estados mentales. Por el contrario, el alma es un **órgano activo** que moldea y coordina las sensaciones para transformarlas en percepciones e ideas, que transforman la multiplicidad caótica de la experiencia, en la unidad ordenada del pensamiento.

¿Cómo lo hace? De alguna manera lo hace, y esto es un problema que trasciende la experiencia de los sentidos. Para ello, el alma aprovecha conocimientos previos, acumulados y registrados en ella misma, sin

necesidad de recordar ni dónde ni cuándo los obtuvo, gracias a su cualidad de superviviente.

El alma tiene en la **conciencia** el principal **poder**. Con él, posee la capacidad de identificarse y conocerse a sí misma, utilizando sus atributos fundamentales.

Si como lo entendemos con nuestros estudios, el grado de desarrollo de la conciencia tiene una influencia determinante en las concepciones del individuo, el criterio que un filósofo tenga, de lo que debe calificar y llamar **Verdad**, varía esencialmente con el grado de evolución alcanzado por su conciencia. Por eso existen diferencias entre la concepción de certeza de un individuo con **conciencia científica**, y la de un individuo cuya conciencia sea simplemente **ordinaria**. No es cuestión de ser joven o viejo, o ser santo o no.

Las diferencias conceptuales importan mucho y mantienen una variedad de criterios que los filósofos conocen, que los profesores de Filosofía conocemos; que alimentan los problemas metafísicos que se ocultan detrás de la Filosofía, aún desde el siglo XVI, cuando los filósofos renacentistas plantearon abiertamente la conveniencia de reconocerles objetos distintos a la Filosofía y Teología.

El filósofo francés Bergson, nacido en 1859, no temió encararse con dichos problemas que suelen ocultarse detrás de la Filosofía, y planteó la cuestión. Produjo su primera obra, intitulándola **Ensayo sobre los datos inmediatos de la conciencia**, publicada en 1888. Después publicó **La evolución creadora**. En 1914, ante el éxito de estas obras, el Vaticano prohibió los libros de Bergson. El público los buscó más, y los intelectuales espiritualistas llegaron a calificar a Bergson de "sepulturero del materialismo".

Algunos materialistas afirmaron que el alma no pasaba de ser una actividad material, y Bergson les respondió con una pregunta:

El criterio filosófico de verdad

¿Si la conciencia no sirve de nada, pregunto por qué el mecanismo del cerebro no logra eximir al hombre del juicio de la conciencia?.

Mientras unos filósofos decían dudar, pero continuaban aferrados piadosamente a otros razonamientos, Bergson tuvo valor para dudar y publicar sus dudas. Afirmaba que la permanencia de ciertas "creencias" es la continuación del pasado; que el tiempo no es una autoridad sino una acumulación. Existir es cambiar, y cambiar es mejorar. Siempre habrá un futuro que nunca será igual al pasado, porque a cada paso se realiza una nueva acumulación. Cada momento es algo nuevo e impredecible. Escribió Bergson:

"El cambio es algo más radical de lo que suponemos. Nuestra memoria es el vehículo de la duración y la sirvienta del tiempo. La ciencia de las respuestas está en la conciencia".

Para Bergson,

"El hombre no es una máquina que se adapta pasivamente. Es un foco de fuerzas intencionalmente dirigidas, un centro de evolución creadora. Decir que somos **libres** es significar que conocemos lo que estamos haciendo".

Afirmó Bergson, que tenemos el intelecto que nos fabricaron; pero que estaba naciendo una "nueva Psicología", que comenzaba a revelar la existencia en cada individuo, de una "región mental" (así la denominó) incomparablemente más amplia y mucho más vasta que el intelecto que, desde la primera infancia, otros nos han construido. Que con esa nueva Psicología, logramos "investigar" debajo de nuestro "inconsciente", que se halla construido por el conformismo **que nos impuso el miedo del pasado**; miedo "acumulado" por la tradición y enseñado a cada nueva generación por los educadores y las "doctrinas interesadas" en hacernos a imagen y semejanza del pasado. De ese ayer habló Abraham Lincoln, cuando lo llamó "el pasado quieto", mientras cada día estamos mas inmersos "en un presente tormentoso".

La "nueva Psicología" a la cual le atribuyó Bergson como principal tarea explorar e investigar debajo del "inconsciente", estudiaría "la continua elaboración de lo absolutamente nuevo". Eso nuevo resultaría una ruptura con el pasado, que cedería llevándose su "quietud" y, con ella, mucho del miedo que generaron sus **misterios** y sus resquebrajadas "verdades".

Cuando Bergson escribió y enseñó estas ideas, en Estados Unidos de América asombró al mundo Thomas Edison con su invento de la luz eléctrica (1888), y fueron pocos quienes comprendieron que el anuncio de Bergson resultaba aún mas asombroso que la producción de aquella luz generada por motores eléctricos. En efecto, la teoría de Bergson llegaba para iluminar las conciencias y disipar muchas sombras creadas por la ignorancia, mantenida y defendida por falsas "verdades" que apenas se sostenían en errores, hijos de la ignorancia y la superstición.

La teoría de Bergson fundó su crítica en la inteligencia, basándose en las realizaciones de la "intuición". Algunos no la comprendieron, debido a que concebían como "intuición" la "simple sospecha", mientras no entendieron que la "nueva Psicología" conceptuaba como "intuición" otra cosa; pues la "nueva Psicología" dijo que la "intuición" es el **conocimiento** contenido en el "inconsciente", que suele exteriorizarse de manera de "ocurrencia" o como "genialidad", y que manejaron experimentalmente reputados investigadores como César Lombroso, William Crooker, Charles Richet y otros.

La tesis de Bergson no se alejó totalmente de la religiosidad, pues él mismo logró demostrar que se puede admitir la existencia de un Ser Supremo, y también la inmortalidad del alma y la evolución humana, sin perder el respeto a la Filosofía. Esta convicción hizo famoso a Bergson. Su Filosofía está considerada como la más hermosa contribución a la prestigiosa ubicación que se le concede modernamente a la Filosofía, reconocida como **la Ciencia de los criterios y conceptos del conocimiento y la Sabiduría**. Para los filósofos actuales, se

El criterio filosófico de verdad

considera las Sabiduría de la Antigüedad como un fenómeno cultural, mero hecho histórico, y a la Escolástica, tal como la calificó Bendetto Croce, como un episodio transitorio ahora totalmente superado.

Con todo, la Filosofía no ha podido encontrar su auténtico punto de gravedad. Que resultaría el más auténtico aporte a su equilibrio.

Berthrand Russell señaló la Filosofía como llena de "telarañas modernas" que detienen su progreso. Tales telarañas no se eliminarán mientras los filósofos y los estudiosos de la Filosofía temamos discutir el origen, la validez y los límites de la razón humana. Lo que más amenaza al actualizado pensamiento filosófico, es la aceptación sin crítica de las ideas ancestrales, que dejan al alma en brazos de lo "convencional". El pasado nos lo trae la tradición, como una memoria traidoramente coloreada por nuestros deseos, que nos son inculcados desde la primera infancia.

Un criterio de certeza que deba caracterizar filosóficamente la **Verdad** es, por el momento, sólo un ideal; porque cada investigador, cada profesor y cada escritor, concebirá "su criterio", debido a que le resulta imposible ir más allá del grado de evolución alcanzado por su conciencia, como se ha explicado.

Los filósofos, los profesores y algunos escritores dirán cosas distintas a lo propuesto en esta conferencia. Opinarán con legítimo derecho y siempre según la evolución alcanzada.

La conciencia no es una cosa, sino una facultad anímica, una condición y un proceso intelectual. Carece de eficiencia casual; pero su eficiencia depende de la intensidad del impulso y del deseo que muevan la **mente** y el cuerpo, y no de la luz que arroja el pensamiento.

Esta dificultad para lograr pronto en la Filosofía un criterio filosófico de la Verdad, lejos de crear una angustia, es una demostración de la calidad científica que ha alcanzado la Filosofía.

Parece haber sido el filósofo norteamericano William James (1842 - 1910), quien ayudó a aceptar que son diferentes los objetos de la Metafísica y la filosofía, pues la Metafísica es sólo un esfuerzo para pensar las cosas con mayor claridad, mientras la Filosofía ayuda a **pensar las cosas sólo de la manera más comprensible posible.**

James usa y ofrece un lenguaje nuevo, sin duda; pero, en el fondo, resulta la misma idea de los filósofos renacentistas que propusieron separar la Teología de la Filosofía, para que cada una continuase su propio camino. Cuando en el siglo XVI esa proposición fue hecha por Leonardo de Vinci, exiliado en París, muchos teólogos se opusieron; pero, al renovarla William James en un país protestante, y en el siglo XX, no hubo razones consistentes para estar en desacuerdo. Era cierto, para el tiempo de James, que todas las ciencias sentían la necesidad de precisar su campo y sus objetivos.

Desde el siglo XVII, todas las ciencias están evolucionando. El siglo XVII produjo tantos sucesos trascendentales, que cambiaron muchas cosas y maneras de pensar, que ya en el siglo XIX, llamado **de las luces**, la Filosofía había superado varios de los obstáculos que retardaban su progreso. Siendo las ciencias unos sistemas de conocimientos, a medida que la gente dispone de mejores comunicaciones, las ciencias se enriquecen mucho. La evolución del Derecho Penal propició la aparición de la Criminología. El progreso de la Semántica abrió el camino de la Lingüística, y ésta, provocó el nacimiento de la Semiología.

La gente bien informada de lo que sucede en el terreno de las Ciencias Jurídicas, reconoce que el advenimiento de la disciplina de los Derechos Humanos, es una consecuencia de la doctrina del

Humanismo, otro de los productos del Renacimiento Italiano. El llamado Derecho Comparado, es el resultado del estudio de las Fuentes del Derecho Germano, comenzado por el profesor alemán Federico Savigni (1779 - 1861).

La Teología es la ciencia que tiene por objeto el estudio de Dios y de sus atributos y perfecciones, para lo cual funda muchos de sus conocimientos de las cosas divinas en los principios de la fe, mientras la Filosofía es la ciencia que trata de la esencia, las propiedades, causas y efectos de las cosas naturales, no divinas.

En esta descripción, el conferenciante aclara que no compromete un criterio de valor. Simplemente, se ha hecho una referencia a una evidente diferencia conceptual.

Si toda ciencia es un conjunto organizado de conocimientos sistemáticos y metódicos de la verdad, vale aquí recordar, que todo eso se logra con la Investigación, que es el único nutriente de las ciencias. Además del conocimiento de las técnicas y los métodos necesarios, el investigador necesita pensar y elegir con absoluta libertad, sin desestimar que no es de buen gusto el investigador ermitaño, y es deseable que se trabaje en equipo. Tal libertad debe ser hija de la razón, fortalecida por un estudio serio de quien jamás puede ser un aventurero.

La Filosofía no es ajena ni enemiga del "espíritu de trascendencia". Tal vez le esté reservado ofrecer a la Humanidad esa satisfacción. Aún debe esta ciencia vivir muchos acontecimientos; pero todavía le aguardan algunas aventuras. Reuniones como estos Encuentros, como los Congresos que se han celebrado; en todo caso, el intercambio de opiniones, el enriquecimiento de la política editorial de obras de Filosofía y la labor formativa que realicen los institutos de Filosofía del Derecho, no sólo para lograr estas reuniones, sino, para impedir que la asignatura de Filosofía del Derecho sea suprimida de los Pensa de las Escuelas, como se dice que se pedirá, y para hallar en los Colegios de

Abogados oídos que sean capaces de escuchar, que la insuficiencia de la cultura filosófica de los abogados noveles, es uno de los cultivos de la censura que se hace a algunos que actúan deshonestamente en el ejercicio profesional.

Para Concluir

Filosóficamente, es mucho lo que hay que investigar, reflexionar, meditar y comparar para atrevernos a ofrecer un criterio universal de lo que para la Filosofía es una **verdad**. En todo caso, no debemos tomar prestado un criterio ajeno a la Filosofía.

No se les puede exigir a los filósofos del pasado, que hicieron más de lo que pudieron, en una realidad donde ya era arriesgado ser filósofo; mucho menos, exigirles lo que saben los filósofos de hoy, de países libres. "No recojamos el viejo polvo de la Historia", como dijo Marcial Hernández, para lanzarlo a la cabeza de nuestros hermanos, porque nos exponemos a que nos caiga encima.

Mientras no se pueda decir otra cosa, sigamos estudiando. "En la cultura no hay pérdidas; sólo ganancias. La cultura no es algo que se desgaste como el jabón".

Gracias por la invitación. Gracias por escucharme.
Mérida, 18 de octubre de 1997.

OTRA LECTURA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Lorenzo Fernández Gómez
Universidad Católica Andrés Bello

Los grandes Maestros de la humanidad han sido **pocos** y con frecuencia **parcos en palabras**. Sin embargo, nos han venido advirtiendo acerca de la pérdida por el hombre, gradual pero continua, de su resonancia interior, de su identidad: disminución que se ha acentuado en los nuevos tiempos, en los que la humanidad navega en el pragmatismo exuberante que los caracteriza.

Por ello, me pareció pertinente traer a la consideración del III Encuentro Nacional de los Filósofos del Derecho, en esta Ciudad de los Caballeros, un tema, sembrado con porfiado empeño en la mente de quienes hemos tenido la suerte de ser sus alumnos, por uno de esos **pocos** Maestros de la Humanidad: El **Padre OLASO**. El Profesor **LUIS MARÍA OLASO J.** sembró ésta inquietud desde su Cátedra de Filosofía del Derecho por varias décadas, y la sembró también desde el ejercicio fructuoso de su apostolado en la Dirección de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la República, cargo que desempeñó con ejemplar entereza, sin que se le haya "**doblado la espada**" como no fuera por humana clemencia, hasta poco antes de **partir** en el mes de Junio retropróximo, de la movilidad y contingencia de este mundo sensible hacia lo absoluto y trascendente. El tema referenciado se centra en la necesidad cada vez más apremiante de **hacer otra lectura**, una lectura distinta de los "**Derechos Humanos**" que exprese cómo se han de entender, justificar y defender, con miras a su realización práctica. De modo que las Declaraciones que los consagran en abstracto, y enorgullecen a quienes las formulan, se tornen en concreciones **reales**.

Es un reto difícil de Fin de Siglo para quienes compartimos inquietudes en el ámbito reflexivo sobre el Derecho. Personalmente, hago esta apuesta *in memoriam* de mi Maestro, el Padre OLASO, a quien dedico con fervor estas líneas y elevo hasta él en la transcendencia, la súplica de que se acuerde que estuvo entrañablemente vinculado a esta Universidad Merideña, que ahora necesita de su inspiración para encender y mantener firme la antorcha que irradie desde esta sierra andina esclarecedoras reflexiones sobre nuestra sociedad vacilante, en busca de su identidad perdida.

I. Introducción

El tema de los Derechos Humanos constituye en la actualidad objetivo obligado de consideración, tanto en el ámbito de las Organizaciones Internacionales, como al más alto nivel de la jerarquía normativa de cada país. Numerosos Congresos, Declaraciones, Conferencias, etc., proclaman la dignidad del hombre y los derechos que emanan de ella. Hasta el ciudadano común en la conversación diaria repasa sus derechos fundamentales y formula airadas protestas contra injusticias y arbitrariedades. No hay partido político ni régimen de gobierno en cuya insignia falte un eslogan alusivo a la defensa de los "**Derechos Humanos**".

Sin embargo, el acuerdo en las palabras esconde muchas veces la discordia en la acción. La propia insistencia en afirmar lo que nadie niega y en hacer apologías de lo que resulta evidente, induce a dudar de la sinceridad de las mismas y estimula el análisis crítico de la realidad, con frecuencia encubierta por el embrujo del discurso político y moralista, con el que suelen convivir prácticas contrarias a los principios que proclama. Así lo afirmó sin ambages y con indiscutible autoridad moral el Padre Luis María Olaso: "*Las Declaraciones de los Derechos Humanos, que tanto enorgullecen al Mundo Occidental, ayudan a mantener un orden político encubridor de una realidad de*

explotación"¹. Ocurre, en efecto, que el poder político refleja muchas veces esa doble cara de garante y transgresor a la vez de los Derechos Humanos. Tras reiteradas proclamaciones del Estado como guardián del Bien Común, se esconden frecuentemente los infamantes atentados contra las personas que denunció el Concilio Vaticano Segundo: **"... Estos atentados son en sí mismos infamantes, degradan la civilización humana, deshonran más a sus autores que a sus víctimas y son totalmente contrarios al honor debido al Creador."**²

Nadie niega por evidente el "**derecho a ser hombre**"³, que tienen todos los seres humanos, y que comprende todos los demás derechos que le son inherentes por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, y no por concesión de la sociedad política, que viene, por el contrario, obligada a consagrarlos y garantizarlos. Por eso, huelga insistir en lo que es para todos evidente. Lo que urge en este tiempo de crisis y transformaciones es hacer otra lectura, una lectura distinta de los Derechos Humanos que inspire una nueva toma de conciencia sobre el modo en que se han de entender y defender, con miras a su realización práctica. Una toma de conciencia progresista, tendente, más que a descubrir algo hasta ahora ignorado, a crear y sostener la necesidad del respeto a esos derechos subjetivos de máximo rango, que son elementos esenciales del contenido de la Justicia, en cuanto a exponentes de la legitimidad racional y, por ello, esquemas modélicos de los Ordenamientos Jurídicos positivos al más alto nivel. Para ello, la única salida posible pasa necesariamente por la regulación del poder político a través de la Ley y el Derecho. Es el reto moral de nuestro tiempo.

Como afirma el conocido Profesor alemán Georg Jellinek, "**doctrinas iusnaturalistas han existido desde tiempos de los helenos sin que hayan conducido a la formulación de los derechos fundamentales**". Es cierto. Se detuvieron a nivel de pensamiento abstracto en la vieja lectura de los valores o exigencias éticas, inexcusables para que el hombre tenga una vida digna, sin avanzar hacia su posterior traslado al

ámbito jurídico. En cambio, en el tránsito a la modernidad aparece el concepto de "derechos humanos", gracias a la conjunción, en función catalizadora, de aquellos valores permanentes con los nuevos rasgos de la sociedad moderna, y a que "*ese tejido de lo viejo con lo nuevo*" - como lo expresa Ernesto Welsen - se plasmó en forma de derechos, al ser incorporado a los Ordenamientos jurídicos positivos. En esto consiste la *nueva lectura* de los derechos humanos: En el paso de la teoría a la práctica, de los valores o exigencias éticas, en cuanto solamente pensados, a su realización protegida por el Derecho.

Pronto van a finalizar, a la vez, el Siglo XX y el Segundo Milenio Cristiano. Y el mundo continúa dividido y en manifiesto desequilibrio de valores: mientras el progreso material se hace cada vez más evidente, el de la conciencia moral va lerdo a la zaga de aquél, sin un concepto unitario que permita fijar directrices y prioridades en orden de establecer el modo como se han de precisar y defender los **derechos fundamentales del hombre**. No se trata ya de justificar sobre bases racionales la existencia de tales derechos, reconocidos hoy por más de cincuenta Documentos Internacionales. De lo que se trata es de instar su acogida en disposiciones concretas por los diferentes Ordenamientos Jurídicos positivos, que protejan y garanticen su aplicación.

La Sociedad tecnológica contemporánea reclama al pensamiento filosófico de final de siglo el examen acerca de si tiene todavía alguna finalidad seguir sosteniendo el viejo diálogo entre sordos sobre aquellos lugares comunes del derecho Natural clásico y, en especial, del iusnaturalismo de la ilustración, que nos recuerdan las "**conexiones esenciales**" que algunos fenomenólogos pretendieron descubrir en el Derecho; o, por el contrario, deben adecuar aquellas esencias ideales de antaño, inmutables e históricas, a la nueva realidad del momento actual y de los tiempos futuros, de acuerdo a la Ley del progresivo avance que preside la historia.

En este contexto, adquiere especial relevancia el debate abierto por el profesor J. Rawls en su obra "*A Theory of Justice*" (Harvard Up, Cambridge, 1.971) sobre el tema de la Justicia entre Generaciones, en relación con el impacto que nuestras opciones del presente, en especial las de tipo colectivo, pueden tener en los derechos fundamentales de las generaciones futuras, y nuestra responsabilidad frente a ellos desde el punto de vista ético-filosófico. Los filósofos del Derecho no pueden limitarse a ver en su televisor escenas de seres humanos que mueren en Ucrania o en Bielorusia, víctimas de cáncer de tiroides debido al "*accidente*" del Chernobil de 1.986, o la noticia del asesinato de miles de niños, mujeres y ancianos de la Tribu "**Tutsi**" en Burundi, o la no menos infausta noticia sobre el baño de sangre en Bosnia, y luego proseguir tranquilamente con sus cómodas vidas. Urge convocar posiciones razonables sobre estos problemas, desde convicciones ético - filosóficas coherentes y bien fundadas, **ahora**, cuando las posibilidades de que la actual generación de adultos influya, para bien o para mal, sobre las generaciones futuras, son enormemente mayores que en el caso de otras generaciones anteriores.

Sin embargo, no es ésta la *lectura* de los "**derechos humanos**" que me propongo hacer en este trabajo. La *nueva lectura* que intento hacer de ellos se limita, por ahora, a la pretensión de fundamentarlos sobre el **punto de paso** de los valores o exigencias éticas ideales hacia concreciones reales, mediante el reconocimiento por parte del poder político y la garantía de su aplicación, que otorga el derecho positivo. La tarea no es fácil en un mundo ideologizado y dividido, en el que el progreso de la conciencia moral ha de conjugarse con intereses contrapuestos y hacerse compatible con fuertes tensiones y conflictos entre las comunidades humanas. La complejidad del tema se pone aun más de manifiesto por el pluralismo de denominaciones que se han utilizado, y se utilizan aun, para designar a los "derechos humanos" en su historia no tan larga, pero muy azarosa, con significados distintos y fundamentos ideológicos y filosóficos también diferentes.

No obstante, hay que aceptar el reto y atreverse a encender la antorcha que ilumine el camino hacia una integración de tantas posturas encontradas en un conjunto armónico de valores que **humanice** este mundo nuestro, demasiado complejo axiológicamente y desconcertado en muchos aspectos. Los métodos de regadío se inventaron a causa de la sequía, y fue la oscuridad lo que provocó la invención de la luz artificial. ¿ Por qué no invertir la actual situación de desconcierto e inseguridad generada por la *mentira de las palabras*, conviviendo con prácticas contrarias a la **verdad** que proclaman, en un reto de Fin de Siglo por impulsar el progreso de la conciencia moral de la humanidad acerca de cómo precisar y defender los **derechos fundamentales del hombre?**.

II. Delimitación de conceptos.

Obviamos comenzar con una precisión de tipo terminológico sobre las distintas expresiones usadas para referirse a esta realidad, que hoy ha dado en llamarse, con evidente impropiedad, "derechos humanos". No es que subestimemos la exigencia de todo conocimiento científico de contar con una terminología precisa y coherente. De hecho, la vaguedad e imprecisión del lenguaje en el tratamiento de los derechos fundamentales del hombre se han tornado más confusas a medida que ha ganado actualidad la diversidad de expresiones para designarlos. En particular, la expresión "derechos humanos", como bien señala el profesor Pérez Luño, *"sufrió una pérdida gradual de su significación, descriptiva de determinadas situaciones y exigencias jurídico - políticas, en la misma medida en que su dimensión emocional ha ido ganando terreno"*⁴

Dejamos, pues, cerrado el debate sobre el pluralismo de denominaciones, haciendo remisión, para quienes deseen seguir su curso, al trabajo publicado en la obra colectiva "Política y derechos

Humanos", en el cual los profesores Manuel Atienza y Gregorio Peces-Barba defienden sus respectivas preferencias en favor de las expresiones "derechos humanos" y "derechos fundamentales", en el mismo orden. La mía se inclina por la segunda de dichas denominaciones: Parece la más adecuada y delimita mejor la concepción teórica de lo que ha pretendido entenderse por aquel conjunto de derechos de la persona humana que ya fueron aceptados por todos los países adheridos a la Organización de las Naciones Unidas, como elementos esenciales de un Derecho común. Con ella, se logra expresar que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de unos derechos morales, no en número indefinido sin control, sino los "*fundamentales*" - y no es poco - estrechamente conectados con la dignidad humana, en cuanto constituyen condiciones esenciales de su pleno desarrollo, por lo que deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad política.

Creo, por otra parte, que toda contienda terminológica resulta infructuosa si se mantiene en el terreno de las simples palabras, ya que cada expresión encierra una determinada postura teórica. Es incuestionable que las diversas terminologías albergan concepciones diferentes que responden al sistema de valores a que se apela, ya sea para denunciar las injusticias, superar la discriminación racial, reclamar condiciones de supervivencia ante el fantasma del hambre o para reivindicar el sentido axiológico de la igualdad de oportunidades entre todos los hombres. Siguiendo, pues, el viejo consejo de Aristóteles - "*De verbis non est curandum*"- vayamos al encuentro de las diferentes concepciones albergadas tras las palabras, con el propósito de delimitar lo que creemos debe entenderse por los "**Derechos fundamentales del Hombre**".

El tema se sitúa en el terreno movedizo de la vieja polémica sostenida, con diferentes matices, entre la corriente iusnaturalista y el positivismo jurídico en torno a la llamada doctrina de los "*dos ordenes*": uno, el orden jurídico *ideal*, constituido por las normas del Derecho Natural,

que sostiene la supremacía de las mismas sobre cualquier otro orden normativo; y el otro, el orden, jurídico *real*, conformado por las normas del derecho positivo que no afirma la superioridad de sus normas, pero –lo que es aun más extremo- pretende la exclusividad de las mismas. Superioridad del derecho Natural y exclusividad el derecho Positivo. O, en otras palabras, el modelo **dualista** (dos ordenes) del Derecho Natural y el modelo **monista** del Derecho Positivo. Concebidos así ambos resultan igualmente unilaterales e insuficientes, pero irreconciliables en el plano teórico por su carácter antagónico. Han llenado de pasión su debate a lo largo de la historia, prohiendo a su vez otros modelos de análisis sobre los derechos humanos, que, en muchos casos, extienden cortinas de humo sobre el tema para desviar a los incautos del centro mismo. En un mundo tan dividido como el nuestro, no sólo geográfica e ideológicamente, sino también por la pertenencia a determinado grupo social o cultural, están dadas las condiciones para que proliferen diferentes perspectivas sobre los **Derechos Fundamentales del Hombre**.

Aunque cada uno de estos distintos modelos de análisis los entienda y exprese de manera diversa, en especial, cuando se trata de su aplicación práctica a situaciones políticas y sociales concretas, sin embargo, hay que partir de la obvia afirmación de que todo el mundo desea lo mismo: **ser el hombre que tiene derecho a ser**. Y no se diga que es una apreciación sólo de los filósofos, por que tienden a percibir “*a priori*” los problemas de una manera global, con todas sus implicaciones. La explicación es otra, más profunda y convincente: Es que los principios básicos en que se sustenta el derecho a ser hombre son idénticos para todos, y trascienden las diversidades culturales o de otra índole, estructurados como están desde la universalidad esencial, y por ende transcultural, de lo humano.

Repasemos algunos de esos modelos conforme al siguiente esquema, tan genérico y simplista como nos lo permiten las limitaciones de este trabajo:

a.- *Modelo iusnaturalista*: Sin que el orden en la exposición implique preferencias, la iniciamos con el examen de este modelo, no sólo por ser el más conocido y de mayor tradición histórica, sino, además, porque el tema bajo análisis está incuestionablemente enmarcado en la corriente del pensamiento iusnaturalista.

Ya nadie duda que la filosofía iusnaturalista ha sido en todos los tiempos, y continúa siendo, punto obligado de referencia para filósofos y juristas de las más diversas procedencias e ideologías. Sin embargo, hay que deslindar con nitidez las diferentes corrientes de ese rico acervo de la humanidad, que se han venido generando desde su origen, anclado en lo más puro del pensamiento grecorromano. El cauce común de esas diferentes perspectivas continúa siendo el mismo: a partir de la concepción de **hombre** como realidad central de la sociedad, y de su dignidad como fundamento de todo derecho, se puede decidir lo que, con referencia a la naturaleza humana, debe hacerse, y lo que, por ser contrario a lo que debe hacerse, **debe evitarse**. De modo que, fuera de lo que el hombre es y representa, no hay **derecho ni moral**, sitio prepotencia, arbitrariedad e injusticia, aunque los medios como se manifiesten tengan forma de **ley**.

La vieja trilogía de derechos (Natural, de Gentes y Civil) que se configuró en la última etapa del Derecho Romano, pasó a la Edad Media sobre bases cristianas, transformada en la nueva jerarquía de Leyes: Divina, Natural y Humana, en aquella concepción grandiosa del Orden Universal diseñado por Santo Tomas de Aquino, logro admirable con el que se inició el proceso de inserción del humanismo teocéntrico en el mundo. Esta visión teocéntrica implica reconocer a Dios como centro del hombre y consagrar el derecho a la dignidad de la persona humana, a la vez que su esencial pertenencia a la vida social, como único medio de lograr sus verdaderos fines a través de la conveniencia. De ahí que el *Aquinatense* haya completado el esquema con ley humana, que define, con penetrante sentido de la vida en

sociedad, como *"ordenación de la razón al bien común promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad"*⁵.

b.- *Modelo histórico-positivista:* Es la posición antagónica de la anterior. La otra cara de la moneda. El positivismo surgió en el seno de las ciencias empíricas de la Edad Moderna, y después, con su mismo método, válido solo frente a los hechos, tuvo la inmodestia de penetrar en el campo de la realidad humana y social, reservado a la reflexión filosófica, para venir a decirnos que los Derechos Fundamentales del Hombre tiene su origen y único soporte en la voluntad del gobernante, con total independencia de su contenido. El poder político es el respaldo de todo derecho. Esta posición marcha ligada a cierta modalidad de historicismo, que, ante la crisis de algunos modelos ideales contrafácticos, trata de entender y explicar el acontecer humano en cada contexto histórico, a partir de su esencial mutabilidad.

c.- *Modelo de la fundamentación ética de los "derechos humanos":* La vida del hombre actual parece tan enloquecida que pudiera atribuirse extrema ingenuidad a quien pretenda mejorarla. La impresión que se tiene es que la gente, por naturaleza, sólo es capaz de ser egoísta, de ocuparse únicamente por el propio interés. ¿Queda todavía algo por qué vivir y luchar? ¿Algo básico, aparte del compromiso político, de las aventuras del amor o el deseo excesivo de dinero, que ya Aristóteles distinguió de "*el arte natural de la adquisición*" o forma de proveer la causa de los medios de vida necesarios? ¿Algo que dé a nuestras vidas un sentido del que carece?. Puede resultar ingenuo -decíamos- intentar otra alterativa, pero vale la pena dar a esta optimista esperanza la mayor oportunidad de éxito, para que nuestro mundo vaya dejando de ser un lugar tan duro en el que vivir. La alterativa que este modelo de reflexión propone es el cambio hacia una orientación **ética** de nuestras vidas, que modifique y ordene el esquema de las prioridades con referencia a los **valores o exigencias éticas** que los seres humanos tienen por el hecho de serlo y que ahora se denominan "derechos humanos", para enmarcar su condición de **derechos iguales** de todos

los hombres a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y del derecho. Jacques MARITAIN se refirió a los dos primeros modelos o posiciones, enfrentadas en sus aspectos más relevantes, en el prólogo que sirve de introducción a la obra de la UNESCO "**Los Derechos del Hombre**". Señala Maritain que la aceptación o rechazo de la **ley natural**, como fundamento de los "derechos humanos" divide las opiniones en dos grupos, cuya posición precisa así:

"Para los primeros, el hombre, en razón de las exigencias de su esencia, posee ciertos derechos fundamentales, anteriores y superiores a la sociedad. Y por ellos mismos nace y se desarrolla la vida social, con cuantos deberes y derechos implica. Para los segundos, el hombre, en razón del desarrollo histórico de la sociedad, se ve revestido de derechos, de continuo variables, y sometidos al flujo del devenir, que son el resultado de la sociedad misma, a medida que progresa el compás del movimiento de la historia".⁶

El tercer modelo, en cambio, tiene algún rasgo común con los otros dos. Hasta se presenta como una postura conciliadora entre ambos, a la vez que los supera, atenuando su contradicción mediante el acercamiento de sus respectivas posiciones. Nos aproximamos a esta posible conciliación de los modelos propuestos al exponer, poco más adelante, la **justificación de los Derechos Humanos** a partir del modelo de un **iusnaturalismo axiológico**.

III. Dimensiones ontológica y axiológica del derecho natural.

No puede afirmarse sin falsear la verdad que la expresión contemporánea "Derechos Humanos" haya sido utilizada en alguna de las etapas de ese prolongado devenir del pensamiento iusnaturalista.

Fue un conjunto de rasgos historico-sociales lo que introdujo esa terminología, en el tránsito a la modernidad. Antes, en lo que podríamos llamar la prehistoria de los "derechos humanos", no se expresaba, en los términos actuales la misma idea. Sin incurrir en el extremo de aceptar que se trate de un concepto histórico del mundo moderno, hay, sin embargo, que reconocer el papel de las situaciones históricas en las que han venido cristalizando los llamados "derechos Humanos", en las diversas etapas de su evolución hasta nuestros días. Claro que el **substrato** permanente de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sólo ha variado en matices, porque en su esencia tienen una extensión histórica que desborda el mundo moderno, aunque su consideración como "derechos humanos" sólo aparezca en éste. Muchos de los elementos, decisivos para la delimitación de su concepto, se encuentran dispersos en las propias raíces greco-romanas del iusnaturalismo, y con mayor precisión, en la Escolástica medieval y en lo que se considera antecedente inmediato de los "derechos humanos": la noción de los derechos naturales, en su elaboración doctrinal por el iusnaturalismo racionalista de los Siglos XVII Y XVIII y el aporte de los teólogos y juristas de la llamada Escuela Española de la misma época, que hicieron un significativo esfuerzo por adaptar la doctrina tradicional a los problemas de la modernidad.

Ahora bien: Esa noción de "derecho natural" admite una distinción, ya generalmente aceptada, que nos va a servir para matizar posiciones:

a.- **El Derecho Natural Ontológico**: Se refiere al **ser del derecho**, y, bajo esta perspectiva, los derechos humanos se presentan como derechos naturales, con toda la fuerza de esta expresión; y su justificación racional conduce necesariamente a los conceptos de ley natural y de orden jurídico natural, que son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los hombres. Así lo resume la definición del Profesor Antonio Fernández-Galiano:

Se entiende por derechos naturales aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivistas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana⁷.

Esta es la posición históricamente ejemplificada en las teorías iusnaturalistas tradicionales, desde sus orígenes greco-romanos hasta la corriente neotomista contemporánea, pero señaladamente la postula en forma extrema el Iusnaturalismo Racionalista, representante genuino de la doctrina de los "dos ordenes", a la que nos hemos referido antes, y rechazaremos poco después.

b.- **El Derecho Natural axiológico**: Se presenta como un conjunto de **valores** *"que determinan el carácter de obligación del derecho y que constituyen su medida... Son criterios de valoración moral del derecho, principios que legitiman el derecho positivo, a los que éste debe estar subordinado"*⁸. Ya no se trata de un orden Jurídico ideal, distinto del derecho positivo, sino de principios jurídicos "suprapositivos" objetivamente válidos, basados en juicios de valor con la validez general que le viene dada en forma suficiente por la propia naturaleza humana. Así entendidos, los derechos naturales se presentan como exigencias éticas o derechos morales que los seres humanos tienen por el hecho de serlo, con independencia de cualquier contingencia histórica o cultural, de características físicas o intelectuales, de poderes políticos o clases sociales. Asumo al respecto, las palabras del profesor Luis María Olaso por ser muy claras y autorizadas: *"El Derecho Natural debe ser entendido como un conjunto de criterios fundamentales de carácter moral o axiológico que sirven de principio a las instituciones de todo Derecho Positivo"*⁹.

Postulan también esta dimensión deontológica del derecho Natural otros distinguidos iusfilósofos contemporáneos como Alessandro Passerín D'Entreves, ya antes citado, Hans Welzel¹⁰, Frede Castberg¹¹,

Carlos Santiago Nino¹², entre otros. En cuanto a la posición del Profesor Antonio Enrique Pérez Luño, dudamos si su definición de "derechos humanos" puede calificarse de iusnaturalista en el sentido que analizamos, ya que, obviamente, no lo es en el sentido tradicional: *"...los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"*¹³.

IV. Proyectos de fundamentación de los "derechos humanos".

1. A Partir de la acepción ontológica del Derecho Natural.

La distinción que dejamos hecha entre las concepciones ontológica y axiológica del derecho Natural nos permite distinguir también entre dos modalidades de fundamentación de los "derechos humanos": La tradicional, que corresponde a la noción ontológica del Derecho Natural, y la atenuada, correspondiente al derecho natural de signo axiológico. Analicemos, por ahora, la justificación iusnaturalista tradicional de los "derechos humanos", desde su acepción ontológica del Derecho natural.

Ya mencionamos antes que la expresión "derechos humanos" no pertenece, en esos términos actuales, a la tradición del pensamiento iusnaturalista. Pero la idea que con ello se pretende expresar cuenta con el apoyo de un variado y numeroso conjunto de elementos, dispersos en la larga historia del iusnaturalismo, que son imprescindibles para su justificación. Para esta corriente tradicional de signo ontológico los "derechos humanos" se presentan como **derechos naturales**, que se caracterizan básicamente por estos dos rasgos: Constituyen un orden jurídico natural distinto del Derecho Positivo (doctrina de "los dos órdenes") y son derechos anteriores y superiores a toda legislación

escrita y a cualquier acuerdo entre los gobiernos. Ello porque, como dice Maritain, **"no le incumbe a la comunidad civil otorgarlos, sino reconocerlos y sancionarlos como universalmente valederos, y ninguna consideración de utilidad social puede, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción"**¹⁴. La llamada "doctrina de los dos órdenes" la precisa Norberto Bobbio, con desafección no disimulada, en los siguientes términos: **"El iusnaturalismo es aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo"**¹⁵.

La supremacía de este supuesto orden jurídico natural la explican los partidarios de esta corriente como expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los hombres, y los derechos deducidos de él **"existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el derecho positivo"**¹⁶. Es decir, la fundamentación de los "derechos humanos" se encuentra en el Derecho Natural, entendido como orden jurídico, anterior y superior al Derecho Positivo, y no en éste.

La crítica más dura que se hace a esta justificación de los "derechos humanos", aparte de ser aplicables las que se han venido haciendo con demasiada frecuencia al concepto mismo de Derecho Natural la analiza por partes así:

a.- Que **"no pueden admitirse "dualismos", es decir, que no se entiende la existencia de dos órdenes jurídicos"**, afirma el Padre Olaso, al rechazar categóricamente la doctrina de "los dos órdenes"¹⁷. La razón es que los derechos naturales no pueden ser considerados auténticos derechos, en el sentido técnico-jurídico de esta expresión, a menos que se encuentren reconocidos por el Derecho Positivo. Mientras no obtengan este reconocimiento, continúan siendo lo que en realidad son: Exigencias éticas o valores que constituyen derechos morales, ciertamente preliminares y fundamentales con respecto al

Derecho Positivo desde el punto de vista ético, pero en ningún caso en el plano estrictamente jurídico. Ni su plena existencia, ni su necesaria efectividad como normas de conducta garantizadas jurídicamente, pueden tener lugar hasta que no sean reconocidas por el Derecho Positivo.

b.- Que la idea de "naturaleza humana", de la que se suponen deducidos, por conducto del ordenamiento jurídico natural, los derechos que se pretenden fundamentar, no es un concepto "claro", ni "distinto", como lo exigiría Descartes, sino ambiguo y equivoco, como lo han logrado desvirtuar las distintas corrientes iusnaturalistas, a las que esta misma duda fue planteada muchas veces. Más lógico nos parece pensar que los "derechos humanos" son deducciones que se pueden hacer a partir de juicios de valor, aplicados a la naturaleza humana, plasmadas en forma de derechos a medida que van siendo incorporadas al Derecho Positivo en el curso de la historia. Claro que esto supone reconocer el papel de la historia en la evolución y expansión de los "derechos humanos" en la esfera social. Pero no habría inconveniente en reconocerlo, siempre que no implique aceptar una transmutación de valores o que la consideración de los derechos fundamentales sólo se encuentra en el mundo moderno. Con estas limitaciones, la dimensión histórica es imprescindible para entender el sentido de los "derechos humanos" concretos.

c.- Por ultimo, el iusnaturalismo de tendencia ontológica peca de soberbia al afirmar que la justificación que postula para los "derechos humanos" es la única posible, porque dice ***"la afirmación de que existen algunos derechos del hombre en cuanto tal no se puede separar del reconocimiento previo y necesario de un derecho natural, preliminar y fundamental respecto al Derecho positivo"***¹⁸. Este argumento es falaz, ya que viola el principio lógico "*dictum de omni*", que, en su formulación más sencilla, establece que todo lo que se afirma universalmente de algún sujeto no puede dejar de afirmarse de todo lo que ese sujeto comprende ("*quid de omnibus valet, valet etiam*").

de quibusdam et singulis"). Este principio es de la esencia de todo razonamiento silogístico. Ahora bien, decir que la única fundamentación de los "derechos humanos" es la iusnaturalista implica aceptar -contradiciéndose- que no es la única, puesto que la justificación ética o axiológica, que desarrollaré poco después, también es de raíces iusnaturalistas. Por consiguiente, esta postura cae en la extravagancia lógica de identificar toda justificación posible de los "derechos humanos" con la corriente iusnaturalista que hemos delimitado como ontológica o tradicional (doctrina de "los dos órdenes").

En síntesis, la fundamentación de los "derechos humanos" desde el iusnaturalismo, ya sea el viejo iusnaturalismo clásico-cristiano o el moderno racionalista, se plantea hoy como el establecimiento del *contenido de lo justo*, con el apoyo en la autoridad divina o en la capacidad de la razón para descubrirlo en la naturaleza humana, según se plantee desde una u otra posición iusnaturalista. En ambos casos, "derechos humanos" es sinónimo de derechos naturales, que valen por la voluntad de Dios o por su racionalidad, derivada también del Creador. Son, pues, anteriores al Derecho, positivo, que, por consiguiente, no sólo no los crea, sino que debe limitarse a realizarlos, puesto que son el contenido de la justicia.

No es difícil comprobar en la práctica que esta fundamentación ahistórica e inmutable de los "derechos humanos", propuesta desde ambas posiciones iusnaturalistas, es un intento insostenible en nuestro tiempo. Implicaría desconocer el progresivo enriquecimiento en su contenido de muchos valores de la convivencia humana, así como la aparición de nuevos derechos que han cristalizado en el curso de la historia, impensables en la época de Santo Tomás o de Grocio, Habría que ignorar que "*ahora estamos* - como observa el profesor Hernández Gil - *ante la más extraordinaria toma de conciencia del derecho con la Ciencia y la Tecnología*"¹⁹. En plena era cibernética, la revolución tecnológica está situando al hombre cara a un futuro difícil de evaluar

por ahora, con perspectivas tan novedosas como las de la escritura o la imprenta en su tiempo. Y no puede ser nuestro propósito desconocer los logros legítimos de la técnica y de la evolución social y política, sino valorarlos y analizar en actitud respectiva y con el sosiego y serena reflexión que el tema exige, la influencia de los "signos de los nuevos tiempos" en nuestro quehacer jurídico y social. Tal vez logremos con esta actitud encauzar certeramente el tema de los *derechos fundamentales*, aislándolo de la polémica apasionada frente al adversario. Ante el poder, constituido y configurado en su forma política moderna, generalmente insensible al llamado de la moralidad, es urgente lograr que los "derechos humanos" no sigan siendo una *ética sin fuerza*, ni el poder político una *fuerza sin ética*.

2. Fundamentación Histórico-Positivista de los Derechos Humanos.-

En el otro polo de la polémica se ubica el **positivismo**. En sus posiciones extremas, se llega a identificar **lo justo** con lo que es acorde con las reglas del derecho dictado por el poder soberano, con independencia de sus contenidos; y lo **injusto**, con lo contrario a dichas reglas. En esta postura cerrada, como la sostenida por Hobbes en su *Leviathan*, que confunde los problemas de la Justicia con la realidad de un derecho puesto por el poder, al que sirve de instrumento para justificar las decisiones de su voluntad soberana, no pueden enraizar los *Derechos Fundamentales del hombre*, a menos que se conciban como una prolongación de ese mismo poder. Pero esto sería aceptar el cinismo pragmático de quienes justifican el poder por el poder mismo. Ya Pascal nos dejó en sus "Pensées" una de sus memorables intuiciones, cuando expone que "*la justicia sin fuerza es contradicha, por que siempre hay malvados. La fuerza sin la justicia es acusada. Hay que poner juntas la fuerza y la justicia, y para eso hay que hacer que lo que es justo sea fuerte y lo que es fuerte sea justo*"²⁰.

En una postura más abierta, vinculada a corrientes historicistas, se habla de derechos históricos, variables y relativos, en lugar de **derechos naturales**; de derechos de origen social, en lugar de derechos anteriores y superiores a la sociedad. Para este tipo de fundamentación, los "derechos humanos" se han ido decantando al impulso de la historia, porque no se fundan en la naturaleza humana, sino en las necesidades de los hombres en cada contexto histórico y en la posibilidad de satisfacerlas, según lo justifique la prueba del **consenso social**. Con el argumento del consenso, se pretende sustituir la fundamentación de los derechos en el dato objetivo de la naturaleza humana, que consideran filosófica e históricamente insostenible, por el fundamento histórico, basado en el dato intersubjetivo del consenso, que proponen como el único que puede someterse a la verificación fáctica.

Bajo este criterio, los "derechos humanos" estarían tanto más fundados en un determinado período histórico cuanto más compartidos fuesen. Esto equivale a decir que sólo son derechos los aceptados como tales para los hombres de una época dada, derechos del hombre en la historia, en lugar de derechos universales del Hombre según su naturaleza. "*No se trata, por consiguiente, - explica el filósofo italiano B. Croce - de demandas eternas, sino sólo de derechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época, e intentos de satisfacer dichas necesidades*"²¹.

Este modelo de fundamentación histórico-positivista logra descubrir y razonar de manera mucho más real y concreta que la doctrina del Derecho Natural la variabilidad histórica innegable en el caso de algunos derechos, como los cívico-políticos, económico-sociales o culturales. Una simple mirada a la historia nos permite constatar que valores muy proclamados y compartidos por unos en un momento dado, dejaron de serlo por otros en otro momento.

Pero, ¿ocurre lo mismo en el caso de los **derechos personales**, como el derecho a la vida y a la integridad física y moral? Aquellos derechos, variables y relativos a cada contexto histórico que el hombre tiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad, constituyen, a lo sumo, una categoría complementaria de valores en la configuración del sistema de los derechos fundamentales. Su razón de ser estriba en asegurar el marco de condiciones materiales para el pleno desarrollo de la personalidad, en cuanto proporcionan a cada uno igual derecho a la participación en los bienes de este mundo. Son derechos que surgen gradualmente de las luchas que el hombre libra por su emancipación y de la transformación de las condiciones de vida que estas luchas generan. Son también "derechos humanos", pero no deben confundirse con los denominados, en expresión más enfática, derechos fundamentales de la persona que por su validez universal y absoluta, fundada en el sustrato antropológico permanente de todo ser humano, no pueden tener otra variabilidad en el fluir de la historia que la *de simples matices*. El Papa Juan XXIII nos recuerda en su Encíclica "Pacem in terris" la distinción entre aquellos derechos complementarios, y estos derechos fundamentales, universales e inviolables:

"En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre y que por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables".

Claro que ese nacimiento de derechos y deberes es ideal, en cuanto se dirigen al hombre fuera del espacio y del tiempo su eficacia, aunque potencialmente universal, depende de que sean acogidos por un legislador futuro, como ocurrió por vez primera en las Declaraciones de Derechos de los Estados Americanos. En este paso de la exigencia ideal

a la constitución de un verdadero sistema de derechos positivos, paso de la teoría a la práctica, del derecho solamente pensado al derecho realizado, es donde los defensores de esta fundamentación histórica-positivista contaminan los derechos fundamentales, concediéndoles concreción y efectividad, pero restándoles universalidad, pues es su opinión que sólo valen en el Estado que los reconoce, pero el razonamiento es falaz, porque, apelando a la vieja distinción aristotélica, la universalidad que les es esencial no les puede ser disminuida, aunque en la realidad existencial, su eficacia esté limitada.

De todas formas, concedemos a este intento de fundamentación el mérito de su visión histórica de los "derechos humanos", la cual es inatacable, salvo que neguemos la historia; y, aunque no es privativa de esta postura, constituye, como ya lo dijimos, su argumento principal, a pesar de que no convence como la fundamentación que pretende ser.

V. Justificación de los "derechos humanos" según el modelo del iusnaturalismo axiológico.

Paso ahora a exponer la fundamentación ética o axiológica de los "derechos humanos". Hasta aquí hemos analizado los dos modelos de fundamentación, en aparente contraste irreductible debido a que cada uno de los dos grupos opuestos rechaza el fundamento del adversario. El fundamento iusnaturalista sería el derecho natural, deducido de la idea de **naturaleza humana**, supuestamente universal e inmutable. El histórico-positivista se basaría en el impulso de la historia, supuesto marco cambiante y variable de la liberación del hombre, dependiente sólo de la voluntad del Estado. Ninguno de los dos polos de esta polémica tradicional responde coherentemente a la pregunta cómo se justifica esa realidad de la que hablamos y tanto defendemos, delimitada con la expresión "derechos humanos".

Sin embargo, creo que el contraste de ambas posiciones se acerca más a una simple disputa de palabras que a un enfrentamiento de fondo. El modelo de fundamentación que proponemos como *otra lectura* de los "derechos humanos", tiene algunos rasgos comunes con los otros ya examinados, y hasta pretende conciliarlos a la vez que los supera atenuando lo que pueda haber de contradicción en sus respectivas posiciones.

Como punto de partida, dejamos bien sentado que el **origen** de los derechos humanos fundamentales no puede ser de índole jurídica, sino de otro nivel previo y superior a lo jurídico. El derecho - me refiero al Derecho positivo- no los crea. Su función es reconocerlos, sancionarlos como normas de conducta y garantizar su plena efectividad. En este contexto, decir que los "derechos humanos" son **derechos** morales puede inducir a confusión o, al menos, levantar suspicacias, aparte de que no es necesario ni útil para la fundamentación ética que proponemos. Las mismas críticas que se han hecho a la expresión "derechos naturales", referidas tanto al sustantivo como al adjetivo, son aplicables a la expresión "derechos morales". Mientras no se encuentren reconocidos por una norma jurídica de derecho positivo, se imponen sólo como *valores o exigencias éticas* derivadas de la idea de la dignidad humana. Utilizar el término "derecho" para designar realidades morales es unir de nuevo el Derecho y la Moral, cuya distinción - que no separación- constituye uno de los logros más significativos de la filosofía moderna.

Pero si por inercia histórica algunos iusnaturalistas nombran a veces la causa por su efecto, es decir los principios éticos suprapositivos por **derechos** morales o naturales, queda explicado por la fuerza misma de estos adjetivos, que la intención no es invadir los predios propios de lo jurídico, sino destacar que el hombre, por el hecho de serlo, es portador de necesidades o exigencias éticas cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir por medio del Derecho. Así lo aclara el profesor Truyol Serra al afirmar, desvirtuando equívocos, que emplea el

sustantivo "derechos" para expresar la idea de que los llamados "derechos humanos" están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos, y para destacar paralelamente, la necesidad y la pretensión de que sean incorporados al ordenamiento jurídico positivo, para que puedan considerarse auténticos derechos, en el sentido técnico jurídico del término y se garantice su auténtica realización.

En segundo lugar, el modelo de fundamentación axiológica se concreta en torno a esos valores o exigencias éticas, deducidas de la idea de dignidad humana y consideradas por todos como imprescindibles y como condiciones inexcusables de una vida digna del Hombre. Creo que ésta es la razón de ser de todas las Declaraciones de Derechos, de todos los Pactos Internacionales y otros Documentos contemporáneos, referentes a los "derechos humanos". Es también la concepción de los derechos humanos fundamentales expresada por el Profesor Antonio Truyol Serra, cuando escribe: "*Decir que hay "derechos humanos" en nuestro contexto histórico-espiritual, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados*"²².

En síntesis, creo que es una buena terminología la de **fundamentación ética o axiológica** para un modelo de justificación ni emotiva, ni intuitiva racional de los llamados "derechos humanos", que parte de valores morales o exigencias éticas, enraizadas en la dignidad del hombre y, previas a su positivación como **derechos**.

Pero hay que agregar inmediatamente como concesión al modelo histórico-positivista que esas necesidades o exigencias éticas se plantean en un contexto histórico determinado, que sirve de catalizador de los múltiples problemas políticos, económicos, sociales, culturales, etc., y que sólo se puede hablar con propiedad de "derechos humanos"

cuando se incorporan al Derecho positivo, impulsados por el poder social, hecho fundante básico que se produce en el fluir de la historia.

Claro que la terminología empleada y el planteamiento que aun ella se expresa permiten identificarnos con posiciones iusnaturalistas, sin necesidad de una extensión de este concepto. Porque, como bien dice el profesor Pérez Luño, **"cualquier intento de cifrar la fundamentación de los "derechos humanos" en un orden de valores anterior al Derecho Positivo, es decir, preliminar y básico respecto de éste, se sitúa consciente o inconscientemente en una perspectiva iusnaturalista"**²³. Pero quienes tuvimos la suerte de ser alumnos del Profesor Luis María Olaso, S.J. estamos situados conscientemente dentro de los vastos y generosos predios del iusnaturalismo, en su vertiente axiológica, prontos a defender los valores éticos de la persona humana, aunque se desplieguen en forma de "derechos humanos", con los perfiles un tanto confusos, propios de los nuevos tiempos. Estamos bien convencidos de que sólo concibiendo al hombre como persona, puede entenderse a cabalidad su valor como hombre, en primer lugar, y después las posibilidades de su desarrollo integral en la convivencia social.

Esta es la gran verdad que el humanismo jurídico enarbola frente al positivismo y con la que intenta superar los movimientos ideológicos del liberalismo y del socialismo, atenuando sus excesos en torno al individuo y a la sociedad, respectivamente. En su defensa, sostiene con razón el distinguido iusfilósofo, Profesor Don Lino Rodríguez-Arias Bustamante, que **"hoy día, para resaltar lo característico de lo humano, se insiste, más que en la naturaleza del hombre, en su dignidad de persona, es decir, se soslaya la esencia para hacer hincapié en la existencia"**²⁴

Por otra parte, hoy el Derecho natural, ya lo dijimos antes, no se concibe al modo tradicional como un orden jurídico, con toda la fuerza de esta expresión, sino como un conjunto de criterios fundamentales de

carácter moral que sirven de principio orientador a las instituciones del derecho positivo. Aparece así el Derecho insertado en la Moral y constituye, por ello, el punto de **intersección** entre ésta y el derecho positivo. Ambos órdenes de normatividad ética delimitan una zona o área de coincidencias en las que se mantienen vinculados, no solo porque ambos tienden a realizar y sustentarse en la dignidad de la persona, sino además por que el fin propio del Derecho Natural es determinar lo que es justo, de modo que sin referencia a la virtud de la Justicia, no podría cumplir su objetivo.

En esta dimensión axiológica del iusnaturalismo se fundamenta la justificación ética de los "derechos humanos" que comparto. Creo que esta otra lectura apunta hacia una posibilidad de conciliación que nos permite salir de la tradicional polémica entre iusnaturalismo y positivismo. Analizando sin pasión el contraste entre ambas posiciones, creo que se pueden sacar las siguientes

Conclusiones:

1. El iusnaturalismo no debe permanecer estacionado en la simple defensa de los derechos humanos, concebidos como **derechos naturales**, sino verlos como un conjunto de exigencias éticas o valores morales, derivados de la idea de dignidad humana, y propugnar, a la vez que su especial importancia e inalienabilidad, la exigencia de su reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas por parte del poder social. Es decir, debe instar el paso de los "derechos humanos" como valores a los "derechos humanos" como verdaderos **derechos**.

2. Debe, además, abrirse a la dimensión histórica de los "derechos humanos". Si bien ciertos derechos fundamentales responden a una exigencia ética inicial de la dignidad del hombre, otros obedecen al

desarrollo lento y azaroso de la vida social. Uno y otros, tardan a veces en cristalizar, dependiendo del contexto histórico y del progreso de la conciencia litoral.

3. Por su parte, las corrientes histórico-positivistas, en sus posiciones más extremas, tienen que revisar su concepción de la Justicia y de la dignidad humana, que es el sustrato y última referencia básica en la búsqueda de las raíces de los "derechos humanos". Como sentenció Pascal, hay que poner juntas la fuerza y la justicia, porque no se debe justificar el poder por el poder mismo.

4. Es innegable - y así lo concedemos a los defensores del modelo histórico-positivista - la variabilidad histórica en el caso de algunos derechos, fundados en las necesidades de los tiempos y en la posibilidad de satisfacerlas, que han cristalizado en el curso de la historia, incorporándose al Derecho positivo. Pero no ocurre así con todos los derechos; no con los **derechos personales**, fundados en la dignidad del hombre, como el derecho a la vida, al honor o a la integridad física y moral, en los que no puede haber otros cambios que los de matices insustanciales. Esta consideración nos convoca hacia otro problema relevante, en relación con el tema de la fundamentación de los "derechos humanos", como es el de su alcance, jerarquía y límites. Tampoco son los mismos para todos los derechos. Cabe establecer una graduación jerárquica, con referencia a la misma idea de dignidad humana, como podría ser, de mayor a menor importancia, derechos personales y de seguridad, derechos cívico-políticos y derechos económico-sociales.

5. Por último, proponemos a las corrientes histórico-positivistas nos concedan que es necesario extender el concepto de "derechos humanos" a determinados valores morales o exigencias fundamentales de la

persona humana, aunque no estén aún incorporadas a ordenamientos jurídicos positivos, pero que tienen una existencia moral previa tan real, que su desconocimiento nos impediría tildar de injusto o inoportuno cualquier ordenamiento jurídico que no los acoja y garantice. Sin la perspectiva de aquellos criterios fundamentales de valoración moral del derecho, nos faltaría también la visión, a la vez personal y comunitaria del Hombre, "**indispensable** - como lo dice en bello pasaje el profesor Olaso- **para impulsar equilibradamente el desarrollo de las personas y de los grupos humanos, en una convivencia de proporciones planetarias, cuyos caracteres sean la verdad, la justicia, el amor y la libertad**"²⁵

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS:

¹ **OLASO J., Luis María:** *DERECHOS HUMANOS, PENSAMIENTO COMUNITARIO Y OTROS TEMAS*. Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica “Andrés Bello” Caracas, 1.988.

² **CONCILIO VATICANO II, Constitución Apostólica “gaudium es Spes sobre la Iglesia en el mundo actual”,** N° 27.

³ Esta es la acertada denominación de la obra publicada por la UNESCO en 1.968, con motivo del vigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos de la O.N.U., recopilando textos de todos los tiempos y de todas las lecturas “**LE DROIT D’ETRE UN HOMME**”. HAY TRADUCCIÓN ESPAÑOLA DE Gonzalo Arias. Edt. “Sígueme”. Salamanca, 1.973.

⁴ **PEREZ LUÑO, Antonio,** “**Los Derechos del Hombre**”. Significación, estatuto jurídico y sistemas. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1.979, pág. 14 y ss.

⁵ **SANTO TOMAS: Summa Teológica,** 1, 2 q. 90 ad 4. Editorial B.A.C Madrid, 1.956, Vol. VI, pág. 42.

⁶ **J. MARITAIN:** Prólogo, “**Los Derechos del hombre**”, Editorial Laira, Barcelona, 1.973.

⁷ **FERNÁNDEZ GALIANO,** Antonio: **Derecho Natural** (Introducción filosófica al Derecho. Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1.974, pág. 133.

⁸ **ASSERIN D'ESNTREVES, Alessandro:** **El Derecho Natural**, Edit. Aguilar. Madrid, 1.972. Trad. De M. Hurtado Bautista, pág. 150.

⁹ **OLASO, Luis María:** **Introducción a la Filosofía del Derecho.** Tomo I, Reimpresión de la Tercera Edic. 1.988. Manuales de Derecho. UCAB.

¹⁰ **WELZEL, Hans:** **Introducción a la Filosofía del Derecho.** (Derecho Natural Y JUSTICIA MATERIAL) De. Aguilar. Madrid, 1.971. Trad. De Felipe González Vicén.

¹¹ **FREDE CASBERG:** **LA PHILOSOPHIE DU DROIT**, Edit. A. Pedone, París, 1.970, pág. 119 y ss.

¹² **NINO, Carlos Santiago**: **Introducción al Análisis del Derecho**: Cap. VII. Edit. Astrea Buenos Aires. 1.980, pág. 417.

¹³ **PEREZ LUNO, Antonio Enrique**: **Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos**, en Op. Cit. Pág. 32.

¹⁴ **J. MARITAIN**: **Los Derechos del Hombre y La LEY NATURAL**: Edit. Peyade, Buenos Aires, 1.972, Trad. De Hextor F. Miri. Pág. 71. También en Op. Cit. Pág. 116.

¹⁵ **BOBBIO, Noberto**: **"Giusnaturalimo e Positivismio Giuridico en la Italia Moderna"**, Edit. Di Comunita, Milano, 1.977 3ra. Edic. Pág. 127. Hay.Trad. De Ernesto Gazón Váldez.

¹⁶ **FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio**: Op. Cit., pág. 150.

¹⁷ **OLASO, Luis María**: Op. Cit. Pág. 350.

¹⁸ **F. BATTAGLIA**: **Declaraciones de Derechos, en Estudios de Teoría del Estado**, Publicaciones de Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1.996

¹⁹ **HERNÁNDEZ-GIL, Antonio**: **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Edt. Rev. de Derecho Privado. Madrid. 1.945, pág. 127

²⁰ **PASCAL**: **Obras Completas**. Edición Francesa en L'Integrale, París. 1.963.

²¹ **B. COCE**: **Los Derechos del Hombre y la Situación Histórica Prese**, pág.143

²² **TRUYOL SERRA, Antonio**: **Estudio Preliminar de los Derechos Humanos**, pág. 11.

²³ **PEREZ LUNO, Antonio Enrique**, *Op. Cit., pág. 179.

²⁴ **RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino**: **Filosofía y Filosofía del Derecho**, Edit. Temis . Bogotá, 1.985, pág. 200-235

²⁵ **OLASO, Luis María**: Op. Cit., págs. 313 y ss.

EL SENTIDO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD

Mayda Hocevar
Universidad de los Andes

La pregunta por el sentido, en este caso es una pregunta que se recrea en el preguntar y que no está necesariamente orientada hacia la captura de una respuesta específica. Es más bien una pregunta que se inclina hacia lo que sostiene la manifestación de los problemas mismos. Preguntarnos por el sentido de la filosofía del derecho debería suponer la pregunta sobre el sentido del filosofar, el sentido del derecho o los derechos, y el sentido de la búsqueda de sentido, lo cual supondría una reflexión de fundamento orientada a la dilucidación de los elementos que rodean la pregunta o las preguntas inquietantes y en última instancia supondría un retroceso hacia quien interroga, hacia el sujeto que se pregunta (lo que Husserl designa como “dar el paso atrás”), más que una mera especulación acerca de los problemas. Puesto que todo preguntar depende de un contexto, voy a dibujar sutilmente el contexto desde el cual percibo la realidad que me rodea y desde el cual me es posible comprenderme.

Antes que nada debo resaltar la antigua y tal vez anticuada escisión entre la discursividad o chismografía mental —tenga ésta pretensiones intelectualizantes y academicistas o no, y que se manifiesta de modo tanto interior como exteriorizada— y el plano de lo que real y más básicamente sentimos que somos. Me refiero a la supuesta escisión entre el discurso, con su teatralidad, y lo que íntimamente creemos que somos, que no es menos teatral. Se trata de una dualidad evidentemente superada a nivel de la retórica, pero profundamente real y existente a nivel de nuestras más originarias pulsiones. Y he ahí que la cuestión de

los valores juega un papel importante. Vivimos, como dijo Elías Capriles¹ el jueves, una inversión de los valores. De acuerdo a la mayoría de las tradiciones morales y religiosas (excluyendo en cierto sentido el calvinismo y el puritanismo) el lucro y la orientación de la vida hacia intereses puramente egoístas era considerado el peor de los males. Como anotaba Lino Rodríguez-Arias Bustamante², no puede haber cambio social sin reestructuración del régimen de bienes; es imperativo minimizar el ánimo de lucro y enaltecer las ideas de servicio, solidaridad y bien común, enraizadas en la tradición comunitaria y al mismo tiempo libertaria propia del cristianismo primitivo. Como todos sabemos, Jesús preconizó la pobreza voluntaria y la vida comunitaria, sentenció “no poseerás oro, ni plata, ni cobre”, y dijo que era más fácil para un elefante pasar por el ojo de una aguja que para un rico entrar en el reino de los cielos. A su vez, los primeros padres de la iglesia y, más adelante, el mismo Tomás de Aquino (en la *vexata quæstio* de la propiedad privada), reconocieron que para el cristiano la propiedad privada no tiene sentido ni justificación. No obstante, Santo Tomás apeló a la costumbre como principio de legitimación o como mal menor —aunque, como anotaba Don Lino, siendo la propiedad una extensión de la personalidad humana, el mismo Tomás de Aquino reconocía que ella debía desaparecer cuando desapareciera el individualismo en favor de la comunidad—.

Como señaló José Manuel Delgado Ocando³, actualmente nuestras sociedades están dominadas por el mercado y el Estado, que han

¹Capriles, Elías. *El nihilismo pseudopostmodernista Vs. la verdadera postmodernidad*. Ponencia presentada en el III Encuentro Nacional de Profesores de Filosofía del Derecho y Disciplinas Conexas, celebrado en Mérida los días 16, 17 y 18 de octubre de 1997.

²Rodríguez, Lino. En ponencia presentada en el III Encuentro Nacional de Profesores de Filosofía del Derecho y Disciplinas Conexas, celebrado en Mérida los días 16, 17 y 18 de octubre de 1997.

³Delgado, José. *Hacia una concepción postmoderna del derecho*. Ponencia presentada en el III Encuentro Nacional de Profesores de Filosofía del Derecho y Disciplinas Conexas, celebrado en Mérida los días 16, 17 y 18 de octubre de 1997.

sofocado los principios emancipatorios, haciendo que la representación sustituya a la participación, el estado de bienestar a la solidaridad y la industria del ocio y del tiempo libre al lugar del placer y la felicidad. Como también anotaba muy acertadamente Don Lino, el derecho liberal funda el deber jurídico sobre el derecho subjetivo y se centra en el individuo en detrimento de la comunidad, girando en torno a la voluntad individual y en un cierto tipo de contrato; es necesario que este tipo de derecho sea substituido por un derecho fundamentado en el sujeto humano, no en tanto voluntad sino en su condición más esencial de miembro de una comunidad.

Todos necesitamos del ser que nos procura la mirada del otro que nos valora o desvalora y, así, estamos encadenados a los valores en que dicha mirada fundamenta sus juicios. El problema es la hegemonía de uno de los criterios valorativos que fuimos construyendo. La pasión desenfrenada del proceso de producción y consumo que, no está demás decir, está en la raíz de la destrucción de la base de la vida en el planeta, rige toda nuestra cultura social e individual. Los ciudadanos cegados y ensordecidos por sus imágenes y cánticos se enfilan dócilmente hacia los desfiladeros de la muerte —de la muerte de las posibilidades infinitas de lo humano y de la superación de lo que hasta ahora ha sido concebido como lo humano—. Como dice Humberto Eco en su *Péndulo de Foucault*, nadie ignora las cualidades psicagógicas de la música. Y la música que predomina en el entorno educa el alma, disponiéndola en la dirección del reino donde predomina la instrumentalidad sobre la intersubjetividad, y el irracional y desordenado desahogo de las pasiones nunca satisfechas y siempre frustradas, sobre la convivencia y el respeto hacia los que percibimos como otros —sean estos individuos, pueblos, razas, religiones— e incluso hacia nosotros mismos.

Entonces me pregunto, suponiendo la autonomía del obrar y del pensar: ¿Hay alguien que desee substituir la representación por la participación? ¿Hay alguien que desee substituir el estado de bienestar por la solidaridad? ¿Hay alguien que desee substituir la industria del ocio y del tiempo libre a favor del placer y la felicidad? ¿Hay alguien que pueda definir la felicidad y el placer, y, además, conocer las vías de acceso a ellos? Decía Angel Cappelletti⁴ que en la cobardía humana y en el miedo se encontraba la explicación genealógica del Estado, de la autoridad y del Derecho. Y todos somos cobardes, puesto que necesitamos del poder consubstanciado con la amenaza del castigo.

Las ciencias no tienen un progreso lineal. Como lo reconocía Thomas Kuhn, en ciertas épocas ciertos fenómenos se ponen a la luz, y en otras épocas se ocultan.

La historia del Derecho es la historia de la civilización, y el terreno de la civilización ha sido equivalente al dominio del Derecho. La historia de la civilización europea es la historia del hombre que se cree separado de la naturaleza, que estudia, determina y objetiva. El colonialismo y el imperialismo quisieron llevar a los pueblos al terreno de la civilización, y con ello al terreno del Derecho, por medio de explotarlos, desconocer su dignidad y sus derechos más fundamentales. La colonización del salvaje es análoga a la de la naturaleza que, como el salvaje, ya está a punto de extinguirse.

En la manera tradicional de hacer derecho, el mismo es visto meramente como conjunto normativo. Pero quizás sea más interesante ver cómo funcionan los sistemas sociales y qué función juegan y qué lugar ocupan las normas jurídicas en estos sistemas sociales. El método tradicional es sobre todo exégesis de normas o de principios y conceptos sobre los cuales se intenta construir un orden jurídico entendido como conjunto de preceptos. Lo que hoy en día debemos

⁴Cappelletti, Angel. Comunicación personal.

privilegiar, es sobre todo la intención que subyace a esas normas. Las ciencias sociales deben ser preparadigmáticas para poder combinar múltiples paradigmas a fin de ajustarse a una realidad que se manifiesta de manera múltiple —y, así, ser multiparadigmáticas—. Las teorías más individualistas, que enfatizan la acción social, y las colectivistas, que enfatizan la estructura social, se complementan mutuamente. Y cada teoría implica una definición determinada de “Derecho”.

Para Max Weber, el orden jurídico implica medios coercitivos a través de un aparato específico que provee la aplicación de esos medios coercitivos.

Boaventura de Sousa Santos, en sus investigaciones sobre las favelas de Río de Janeiro, encontró que las Asociaciones de Vecinos eran órdenes jurídicos, pero también que los órdenes jurídicos los constituían los grupos criminales de tráfico de drogas y así sucesivamente, pues estos tenían aparatos coercitivos que les daban la posibilidad de obligar —y de hecho obligaban—.

En los modos de producción social de la juridicidad intervienen dos factores, como lo son la institucionalización de la vida jurídica y el poder de los instrumentos de coerción. En esta línea, el derecho sería el conjunto de procesos regularizados, de principios normativos considerados justiciables en determinado grupo, que contribuyen a la creación y prevención de litigios y a la regulación de éstos a través de un discurso argumentativo de variable amplitud, apoyado o no por la fuerza organizada. El derecho no tiene una realidad determinada. Es una regulación para un orden social. Si bien los antropólogos han mostrado la relatividad de los Derechos, los juristas se han negado a aceptar esta realidad relativa, aduciendo que todo derecho que no se ajuste al modelo típicamente moderno no es Derecho, y que, por lo tanto, las sociedades que se caractericen por poseer un modelo alterno o no tradicional de derecho, serían sociedades sin Derecho.

La alternativa al Derecho estatal está implícita en el hecho de que hay informalidades dentro del Derecho estatal y, en cambio, situaciones jurídicas muy formales no reconocidas por el Estado. Coexisten el policentrismo y el monocentrismo, entendido el primero como la aparición fragmentaria de varios núcleos que pueden ser fuente de derecho o de regulación jurídica. La hegemonía permite por primera vez poner en el mismo nivel el derecho del Estado y el de la mafia, y vérnoslas con nuevas formas de asumir la regulación jurídica.

Lo más importante no es tanto el objeto como la proyección o acción por la cual vamos a vérnoslas con el objeto. Una nueva dinámica o dialéctica entre teoría y práctica nos permitiría descubrir los elementos nuevos que confirmarían o no nuestras categorías.

El mundo de lo jurídico está conformado por el mundo de las normas, las instituciones que ponen en práctica o modifican dichas normas, la dinámica funcional del tejido social, los profesionales del Derecho (jueces, abogados, procuradores, notarios) y la cultura legal. Esta última debe ser entendida como el conjunto de actitudes o predisposiciones básicas de la gente hacia el derecho y los valores con los que lo asocian —o sea, como estados de opinión—. Estos últimos pueden pertenecer al nivel interno —la opinión que tienen del derecho los mismos operadores jurídicos o profesionales del derecho— o al nivel externo —la opinión que tiene el ciudadano medio y en general quienes no son profesionales del Derecho. En este último plano hay una imagen ambigua del juez y del Derecho, pues por una parte se los considera necesarios, y por la otra se tiene mala imagen de ellos.

Las escuelas de Derecho dominantes en nuestro medio han considerado el Derecho y la Ley como un fenómeno general y común a todas las sociedades. Pero por otro lado el Derecho y la Ley se identifican de manera restringida con un tipo particular de sistema legal moderno. Según la primera concepción, se hace imposible entender la noción de

aparición o desaparición del Derecho. En la segunda concepción, se hace imposible hacer uso de los estudios comparativos con respecto al lugar que ocupa el derecho en una amplia gamma de sociedades. De allí que, según la obra de Roberto Unger *Law in Modern Societies*, necesitemos de un aparato conceptual que nos permita distinguir el sentido en el cual la ley o el derecho es un fenómeno universal, de aquél en el cual el Derecho es algo que distingue ciertos tipos de sociedades. Unger aboga por la utopía de un Derecho no-público y no-positivo, en la medida en que se desenvolvería en sociedades en las cuales no existe una clara división entre gobernantes y gobernados, o entre sociedad y Estado. Y esto me recuerda una crónica del descubrimiento de América tomada del relato *Viaje al continente americano*, de Américo Vespucio, que apareció en el Suplemento Dominical del *Ultimas Noticias* el domingo pasado. Refiriéndose a las características de nuestros indígenas de esa época, Vespucio decía:

«Ellos no tienen jefes ni capitanes, caminan sin guardar orden, como dueño cada uno de sí mismo. No pelean por el deseo de extender su dominio, sino por la antigua enemistad, grabada de muy atrás en los corazones. Y, habiéndoles preguntado la causa de la enemistad, no han dado otra razón que la de vengar las muertes de sus ascendientes. Viven en su libertad; no obedecen a nadie ni tienen ley ni señor. Sus riquezas son plumas de aves de varios colores, o láminas y cuentas que hacen de los huesos de los peces o de piedrecitas verdes y blancas, a la manera de las cuentas gordas de nuestros rosarios. Reputan también por alhajas y riquezas, otras cosas fútiles que nosotros despreciamos. El oro, las piedras preciosas, las joyas y demás cosas de esta clase, que en Europa reputamos por riquezas, no las estiman en nada; antes bien, las desprecian y no hacen diligencia alguna por tenerlas.»

Yo me pregunto, ¿con qué concepción del derecho nos quedamos? La idea de respeto a la integridad del ser humano, la idea de justicia, de los derechos humanos, la concepción de un derecho natural y los demás valores, remiten y parecen estar asentados en la noción de “naturaleza humana”, de la unidad y la universalidad de ésta. Yo me pregunto, ¿podemos proclamar sin más como enteramente cierto que hay una

naturaleza humana única, universal y común a todos los individuos de la especie? Esta noción de naturaleza humana se hace excluyente y en consecuencia no-universal y no-única desde el momento en que se identifica con una creación de una cultura particular —la occidental— en un momento específico —el moderno— y, por oscuros designios de los ciclos cósmico-caóticos, se impuso a la totalidad de la humanidad, silenciando otras visiones tanto micro como macrocósmicas. Como señaló ya Heidegger, para el humanismo el *homo humanus* es el *homo romanus*, heredero de la cultura y por ende de la humanidad griega.

En la polémica entre Chomski y Foucault sobre la naturaleza humana, “La justicia versus el poder”⁵, el último afirmaba que no fue mediante el estudio de la naturaleza humana que los lingüistas descubrieron las leyes de la mutación consonante, o Freud los principios del análisis de los sueños, o los antropólogos de la cultura la estructura de los mitos. En la historia del conocimiento, la noción de naturaleza humana había jugado básicamente el rol de la designación de ciertos tipos de discursos en relación a o en oposición a la teología, a la biología o a la historia. Nuestra tarea, dice Foucault, es la de separar estos esquemas utópicos, esta búsqueda de primeros principios y preguntarnos en su lugar: ¿cómo opera realmente el poder en nuestras sociedades? La tarea política real en una sociedad como la nuestra es la de criticar la labor de las instituciones que se presentan tanto neutrales como independientes, criticarlas de una manera tal que la violencia política que siempre se ha ejercido oscuramente a través de ellas, se desenmascare, a fin de combatirlas.

¿Cuál es la naturaleza humana común? ¿La que sostiene y legitima los discursos que me dicen que me tengo que volver loco y me etiquetan como esquizofrénico, paranoico y pare usted de contar si me separan de mi madre a una cierta edad y luego me llevan a una civilización

⁵Rabinow, Paul. Editor. *The Foucault Reader. An Introduction to Foucault's Thought*. Penguin Books. Londres. 1991

psicótica como la nuestra para que me diagnostiquen? ¿La que me dice que la economía de la abundancia en la sociedad indivisa de los araucanos era indigencia e incapacidad de desarrollar la economía, o que la disciplina de los guerreros de dicha etnia antes de la llegada de los españoles era traumatizante? ¿La que ve la locura en las prácticas extáticas de los pueblos chamánicos y en las danzas lúdicas de los aborígenes australianos que actualmente cientos de miles de norteamericanos “civilizados” practican con frenesí? ¿La que normaliza la patología del trabajo alienado a tiempo completo, la competitividad como medio para agotar los recursos naturales maximizando la producción y el consumo de objetos materiales o simbólicos (intelectuales o artísticos) que en verdad no necesitamos y que sólo tienen por objeto permitirnos pasar la vida evadiendo el miedo, el dolor y la muerte, aferrados a un ilusorio bienestar a fin de poder olvidar y dejar a un lado nuestra tarea más fundamental, que, como decía Lionel Pedrique⁶ es la de conocernos a nosotros mismos? ¿Dónde hay una mayor amenaza a la integridad de la persona humana, en las niñas de las etnias birmanas y africanas a quienes desde muy temprana edad se les colocaba anillos para hacerlas más bellas y deseables estirando considerablemente sus cuellos —o sea, en base a una peculiar motivación estética—, o en las niñas gimnastas rumanas, chinas, estadounidenses o rusas cuyos cuerpos y almas se deforman sometiéndolas desde la más tierna infancia a ejercicios corporales exageradamente extenuantes y torturantes en aras de la competitividad de los Estados, y de la autoestima subsiguiente, sin mencionar el negocio lucrativo que está detrás de todo esto? ¿Y dónde hay una mayor autoestima: entre los polinesios que aprendieron de los ingleses a jugar el fútbol y cuyos equipos se intercalan simétricamente las victorias, de modo que a uno lo toca ganar el primer partido y al otro el

⁶Pedrique, Lionel. Ponencia presentada en el III Encuentro Nacional de Profesores de Filosofía del Derecho y Disciplinas Conexas, celebrado en Mérida los días 16, 17 y 18 de octubre de 1997.

segundo y así sucesivamente, o entre quienes ponen a miles de individuos a competir por una única medalla de oro, de modo que la autoestima sea para uno sólo y la vergüenza para el resto, preparando con ello el terreno para que los desheredados, los hambrientos y los desposeídos que se encuentran entre los perdedores de la competencia neoliberal obtengan una gran autoestima de su intolerable miseria? No hay duda de que la mutilación del clítoris es una aberración, incluso si ello se hace por motivos mágico- religiosos, pero ¿qué decir de cuando, en nuestro siglo, el “ilustrado” gobierno inglés hacía cortar los dedos de las niñas hindúes para impedir que hilaran y así asegurar el enorme mercado del Sur de Asia para los productos textiles industriales anglosajones —no por motivos mágicos o religiosos, sino en plena conciencia de que ello era un crimen desde sus puntos de vista institucionalizados por la sociedad inglesa—? ¿Es la naturaleza humana la de quienes asesinan el planeta y la totalidad de sus habitantes, o la de quienes consideran como su única función mantener vivo el planeta? Sin duda la naturaleza humana es la de quienes manejan las compañías petroleras y no la de la etnia u’wa de Colombia, que para mantener vivo al planeta quieren impedir que la Shell y la Oxy le saquen la sangre, amenazando con cometer suicidio en masa si se inicia la explotación. No hay duda de que drogas como la cocaína y la heroína pueden acabar con la fábrica de la sociedad; sin embargo, cuál es la naturaleza humana: ¿la de los indígenas que por motivos mágicos y religiosos consumen el peyote y la de los brahmanes de la India que deben consumir ritualmente cannabis por lo menos una vez a la semana, o la de los ingleses que obligaron a la corte ch’in a aceptar el ingreso a China y la distribución allí del opio que ellos cultivaban en India, por medio de una invasión naval en la que participaron dos fragatas enviadas por el gobierno de los EE. UU.? ¿Es la naturaleza humana la del gobierno holandés que ha logrado reducir el consumo de drogas por medio de la despenalización de algunas, o la del expresidente estadounidense John Quincy Adams, que afirmó que la negativa de la corte ch’in a permitir la entrada del opio inglés era un atentado contra

los derechos humanos y el libre comercio, y quien hacía un uso no-ritual, sino estupidizante, del alcohol?

La crisis ecológica implica un sufrimiento humano intolerable, quizás más sostenido que el de las pobres niñas mutiladas. ¿Y qué decir del vacío y la despersonalización que dimanaban de la obligación de estar volcados durante toda nuestra vida hacia el exterior?

El año pasado, en Glasgow, el Prof. Peter Sack⁷ se preguntaba si la aldea global que supera las distancias físicas gracias a eliminar el contacto físico entre la gente supone una sociedad buena o deseable. ¿Podemos mantener relaciones sociales sin contacto físico directo a través de nuestros sentidos? ¿Tienen los seres humanos una vida social si ellos, metafóricamente hablando, se ven entre sí sólo a través de binoculares, se hablan sólo a través de megáfonos, se escuchan sólo a través de trompetas, se tocan sólo a través de palos, y más nunca se olerán o saborearán hasta que una tecnología para teleolerse o telesaborearse se haya desarrollado y comercializado globalmente? Como señala Elías Capriles⁸, la esencia de la aldea es la comunicación interactiva personal, horizontal e igualitaria, contraria a la unidireccionalidad vertical de los *mass media* e incluso al trato con máquinas en la interacción por medio de la Web. Peter Sack dice que la sociología está muerta en la aldea global, no porque se haya probado incapaz de entender lo social, sino más bien porque lo social ha desaparecido como objeto de estudio empírico y la sociología se ha transformado en ingeniería social. La atracción que por la globalización

⁷Sack, Peter. *Globalization and the Social Science. ¿What's in there for us?* Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Sociología Jurídica: *Globalization and the Quest for Justice*, celebrado en Glasgow, Escocia en Julio de 1996.

⁸Capriles, Elías. *Individuo, sociedad, ecosistema*. Consejo de Publicaciones de la Universidad de Los Andes. Mérida. 1994

sienten los poderes es autoevidente, cuando su propia supervivencia y la extensión de sus imperios dependen de su universalización.

Desde una perspectiva económica, la globalización consistió en la ruptura de las barreras con las que los menos poderosos intentaban —si bien inefectivamente— contener la arremetida expoliadora de los más poderosos. La Organización Mundial de Comercio quiere prohibir que se haga referencia al origen orgánico, tratado químicamente o manipulado genéticamente de los alimentos, aduciendo que ello implica una discriminación que equivale a levantar barreras comerciales. No habrá manera, pues, de saber cuál es el soya manipulado genéticamente para resistir enormes dosis de herbicidas y por ende contaminado con éstas. Economía global no significa mercado libre; ciertamente no significa acceso común a los recursos o a una misma gamma de bienes y servicios.

Cambian los conceptos y en cierta medida los discursos; algunos suenan más bonitos y nos acurrucan más tibiamente, pero creo que el problema esencial sigue siendo el problema de dominación y de poder egoísta humano (al cual no conmueven, por cierto, los amanerados discursos sobre la bondad y la justicia): el que ya en la Antigüedad plantearon los sofistas y que luego se erigió como tema central del marxismo. Estudios etnológicos, antropológicos y arqueológicos han mostrado que el problema de la carencia de bienes y recursos surgió como un problema debido a factores mentales y no materiales. Cauvin⁹ muestra que no había escasez de piezas de caza, pesca y recolección que hiciera necesaria la transición de las dos o tres horas de juego que requería la vida preagrícola, a las 10 o 12 horas de arduo trabajo necesarios para la agricultura: la transición habría tenido su origen en una mutación espiritual, semejante a la caída bíblica. Pierre Clastres mostró que los amerindios menos “civilizados” tenían una sociedad de la abundancia y que no producían riquezas porque se sentían

⁹Cfr. Capriles, Elías. *Opere citate*.

espiritualmente plenos y porque estaban conscientes de que “el granero de la naturaleza siempre está lleno”. No es cierto que haya que recurrir a la agroindustria que ha sahelizado y transformado en desiertos los suelos de México y la India para alimentar a una población en aumento incontenible; en cambio, un grupo de antropólogos que restauró en Perú un sistema precolombino de canales de riego y fertilización natural obtuvo con su ayuda, y sin la de fertilizantes químicos, un rendimiento por hectárea muchísimo mayor que el rendimiento promedio obtenido con la ayuda de fertilizantes químicos en otros lugares. Por su parte, Frances Moore Lappé y Joseph Collins, del Institute for Food Policy de San Francisco, California, han mostrado que la comida producida en el globo, de ser bien utilizada, podría proporcionar una dieta adecuada a 8000 millones de personas. No obstante, la desnutrición sigue aumentando vertiginosamente a nivel global, se siguen produciendo hambrunas en regiones del Tercer Mundo (en 1992, la más terrible ha sido la de Somalia, aunque Etiopía parece dirigirse en la misma dirección) y, ya para fines de 1988, cada día morían de hambre 40.000 niños en las zonas menos industrializadas de nuestro planeta. Esto se debe al hecho de que la mayor parte de la proteína vegetal que nos proporciona la agricultura es utilizada para alimentar ganado y aves de corral a fin de producir pequeñas cantidades de proteína animal para el consumo de quienes detentan un mayor poder económico, a la desigual e injusta distribución de los bienes de producción —sobre todo, de las tierras productivas— y de la riqueza material en general, y a la siempre creciente explotación a la que el Norte industrial ha sometido a las naciones del Sur. Todos sabemos de la enorme cantidad de litros de leche que se botan diariamente al lago de Maracaibo y a las aguas de todo el mundo a fin de mantener el precio del producto. En un crucero que hice por el Caribe hace ya años, veía cómo antes de entrar a puerto se botaban al mar cantidades de las más finas comidas. El problema no es tan simple como para decir que este radica solo en una escasez de recursos.

No dejo de apreciar lo que consideramos como los grandes logros de nuestra civilización actual y como superación de épocas de barbarie, y de admirarme ante el enorme proceso de trabajo humano que significó la adquisición de estos logros: la salubridad pública, la noción de derechos humanos, el estado social de derecho, el acceso por igual a la justicia, la educación pública, la igualación de las oportunidades para acceder a los espacios competitivos, etc. Ahora bien, ¿son ellos en términos generales algo real, o meramente nominal? La gran mayoría de los humanos que pueblan el planeta está al margen de todo esto, en las sombras que proyectan las encandilantes luces de los derechos humanos, el acceso a la justicia, el estado social de derecho, la democracia, las libertades fundamentales, la dignidad humana... Entonces, ¿de quién estamos hablando, y hacia quien se dirigen nuestras palabras? ¿No les parece que se pierden en los ecos de un entorno rocoso y vacío?

LOS PRINCIPIOS UNIVERSALES DEL DERECHO

Pompeyo Ramis M.
Universidad de los Andes

1. Carácter general de la investigación sobre principios.

En caso de que la investigación sobre principios pueda considerarse como una ciencia independiente, conviene precisar algunos de sus principales aspectos. Ante todo, hay que afirmar que se trata de una verdadera investigación, entendiendo esta tarea como lo que realmente es: un proceso de búsqueda; pero no un proceso de búsqueda cualquiera, sino un intento de profundización por vía exclusivamente especulativa, que es como decir, en nuestro caso, eminentemente intelectual, pues el último fundamento de las cosas sólo es perceptible por el intelecto, aunque la primera intervención sea siempre de alguno de los sentidos.

El objeto formal y especial de la ciencia de los principios son los principios mismos; y esto no es una mera tautología, sino una forma de expresión impuesta por limitaciones de lenguaje. Se me replicará que todas las ciencias, de algún modo, investigan sobre principios, o tal vez, al menos, intentan formularlos, pues de lo contrario no serían ciencias; pero mientras las ciencias en general toman los principios como punto metodológico de partida, la ciencia de los principios los toma como punto de llegada. Esto significa que, para esta ciencia, los principios constituyen el fin en sí de la investigación. Por consiguiente, la ciencia de los principios carece de límites en cuanto a su objeto material; todos los fenómenos pueden entrar en su investigación mientras sean asequibles al entendimiento humano, sin exceptuar al mismo entendimiento como tal.

La ciencia de los principios es la culminación de una escala de conocimientos que parte del deseo natural de saber. Bajo este primer punto de arranque las ciencias se distribuyen según el interés que tengan por la investigación de causas más próximas o más remotas. De esta manera, formando una estructura piramidal, se estimulan mutuamente: unas, con sus indagaciones sobre causas remotas, llevan a otras a nuevas investigaciones sobre causas inmediatas, y viceversa: el progreso de la ciencia aplicada hace que los teorizantes encuentren nuevas perspectivas de especulación sobre principios. De este modo se va renovando el panorama dentro del universo de la ciencia. De ello nos dan testimonio los grandes momentos epistemológicos de la historia, en que actuaron filósofos que revolucionaron la ciencia y científicos que revolucionaron la filosofía. Tal fue lo que sucedió, por poner unos ejemplos, con Aristóteles, Copérnico, Descartes, Kant, Hegel, Newton y Einstein. Esta diversificación que he llamado piramidal no pretende establecer ningún orden jerárquico de las ciencias, sino simplemente mostrar la diversidad de sus objetos formales partiendo de distintos grados de abstracción.

Guiados por estas consideraciones, podemos precisar algunas diferencias entre la ciencia en general y la ciencia de los primeros principios. Esta no es un saber exacto, lo que explica el hecho de que sus investigaciones raras veces tengan carácter definitivo. Siempre pueden volver sobre viejas cuestiones con la esperanza de enriquecerlas con algún nuevo aporte. Tampoco buscan utilidades prácticas, aunque no las descartan sistemáticamente. En cambio, las ciencias aplicadas procuran siempre algún beneficio concreto mediante la "transformación" o la "transubstanciación" de la naturaleza, según expresión de García Bacca. Por esto sus investigaciones suelen tener términos naturales, que ocurren cuando se produce el hallazgo deseado o la confirmación de la hipótesis planteada. Por consiguiente, la ciencia de los primeros principios está mucho menos sometida al imperativo de actualización, que en su caso apenas supone algo más que estar bibliográficamente al día. Y muchas veces ni siquiera esto. Las

cuestiones sobre primeros principios, por lo mismo que nunca fueron definitivamente resueltas, pueden seguir planteándose sin ningún temor de incidir sobre lo ya superado, exceptuando -claro está- los trabajos de fondo repetitivo.

Además, las ciencias aplicadas no pueden cuestionar los principios inmediatos de que parten, precisamente porque se trata de principios inmediatos. De no ser así, sus investigaciones carecerían de bases y en consecuencia nunca alcanzarían el fin que se proponen. La ciencia de primeros principios, al contrario, no sólo puede, sino que a menudo debe problematizarlos en busca de nuevos reajustes, a fin de hacer cada vez más consistente la última fundamentación de las ciencias.

2. Los primeros principios del derecho.

Aunque la ciencia de los primeros principios no se cultiva en vistas a ninguna utilidad práctica, sin embargo es necesaria cuando tratamos de fundamentar una ciencia más allá de sus principios inmediatos. Buscar los últimos fundamentos de una ciencia es, en cierto modo, hacer la filosofía de esa ciencia, es decir, buscar su fundamentación; lo cual no se requiere sólo en las ciencias especulativas, sino también en las prácticas. En efecto, las operaciones humanas conscientes presuponen un acto volitivo de elección, que no puede darse con plena consciencia si no le precede una clara visión del fin que se persigue. Ahora bien, para concebir un fin práctico que no se confunda con cualquier objetivo utilitario, es preciso profesar una determinada concepción del universo del ser y del obrar, lo que implica, naturalmente, la aceptación de las consecuencias inherentes a dicha concepción. Así, pues, toda ciencia que se impone como teoría de una acción no sólo postula, sino que exige que se atienda a sus primeros principios.

Si se me concede lo dicho como válido para todas las ciencias, incluidas las de la conducta, mucho más deberá serlo para la ciencia del

Derecho, que es la suprema fase de la ética aplicada a que ha llegado el espíritu humano. Desde otra perspectiva, hay que decir del Derecho, como de las demás ciencias, que comenzó siendo una parte de la filosofía. Por eso Vico llamaba a la filosofía "madre de la jurisprudencia" (**iusprudentiae parens**). Y si admitimos, según tradición, que en la jurisprudencia está la verdadera ciencia del Derecho, entenderemos que sólo en los primeros principios puede el jurisperito encontrar la verdadera y última fundamentación de la ciencia que profesa.

No vale objetar contra lo dicho el consabido estribillo de que el Derecho es una ciencia práctica, y que por esto la especulación esencialista lo distraería de su objetivo. Es precisamente una fundamentación ontológica lo que el Derecho necesita, si es que pretende mantenerse en el rango de ciencia con el añadido de ciencia práctica. Una de las preocupaciones de los primeros juristas, que eran filósofos, consistió en buscar una fundamentación ontológica de la moral, en cuyo género se halla el Derecho; y nadie podría decir con razón que las especulaciones filosóficas distrajeran de su objetivo a la ciencia de las costumbres.

Estas razones explican el porqué de las estrechas relaciones entre filósofos y juristas, entre filosofía y jurisprudencia. Ulpiano, en el principio de sus **Digesta**, nos promete entregarnos "una verdadera filosofía en un cuerpo de leyes" (**in corpore iuris veram philosophiam**). Platón, Aristóteles, Kant y Hegel, entre otros muchos, tomaron el derecho como uno de los principales campos de su especulación. La tradición venía desde lejos. Cicerón atribuía el éxito de sus discursos forenses al hecho de que estaban embebidos de sabiduría filosófica, y estimulado por los elogios que por ello le llegaban, decía: "con mucho más ahínco abriremos las puertas de la filosofía" (**multo studiosius philosophiae fontes aperiemus**). Como si dijera: con mayor insistencia acudiremos a los primeros principios para fundamentar nuestra ciencia jurídica.

Lo mismo nos abona, y con más fuerza que las autoridades citadas, el análisis de la experiencia jurídica. Todo abogado, aunque no presuma de jurista ni mucho menos de filósofo, no puede excusarse de acudir alguna vez a los principios generales del Derecho, que deberá aceptar, cuando menos, como postulados necesarios. Pero si desea profundizar todavía más, hallará en la jurisprudencia, si la entiende como ciencia jurídica, otras razones de mayor peso para la interpretación de la norma. Sin embargo, ahí tampoco se salvará de la fragmentariedad, pues la jurisprudencia, aunque de sí ya es verdadera ciencia jurídica, se da por satisfecha con los principios generales y no se eleva a la universalidad del fenómeno jurídico. Las ciencias jurídicas particulares, como el Derecho Constitucional, Civil, Mercantil, etc., no nos dan una fundamentación de sí mismas, sino sólo un conjunto de informaciones sobre aspectos concretos de la normatividad. Pero el funcionamiento del aparato jurídico recibe su primera base de unos principios universales cuyo dominio virtual no cesa nunca, aunque no se percate de ello ni siquiera una buena parte de los juristas y legisperitos. El logos universal de lo jurídico regiría siempre la actividad jurídica aunque no hubiera nadie que se hiciera consciente de ello.

3. Origen de los primeros principios jurídicos.

Las primeras teorías esencialistas del Derecho se remontan, por lo menos, en forma expresa, a la época de la sofística griega, cuando se intentó dar una respuesta al problema planteado por el binomio naturaleza-ley. Observaban los sofistas que una de las causas de malestar social estaba en la vigencia de un Derecho imperfecto e ineficaz, que permitía que algunos ciudadanos, siendo justos ante la naturaleza, aparecieran culpables frente la ley, o viceversa. La preocupación por esta paradoja hizo surgir las primeras especulaciones iusfilosóficas. En busca de una solución, los juristas y filósofos pensaron en la posible objetividad de unos principios jurídicos de valor inmutable y universal. Aunque no todos aquellos pensadores entraron

en la discusión con ánimo de aportar soluciones -algunos ni siquiera admitían la posibilidad de principios universales-, sin embargo quedó en el foro de los más selectos la creencia en la objetividad de unos principios jurídicos a los que había que atribuir valor inmutable y universal. Son los principios que posteriormente hizo suyos la doctrina del Derecho natural, debido a que se consideraban dimanantes de la misma naturaleza de las cosas y de los hombres, en cuanto que hombres y cosas pueden ser, respectivamente, sujeto y objeto de derecho.

4. Ambito general de los primeros principios jurídicos.

Siendo varias las tendencias en materia de teoría general del Derecho, es difícil ofrecer una visión esencialista de principios que las represente a todas. Por esto conviene establecerse en un ámbito principista del Derecho prescindiendo de cualesquiera notas que reflejen escuelas o tendencias. En términos ya consabidos, hay que situarse en el ámbito de la razón universal del fenómeno jurídico. Procediendo así, lograremos eliminar en buena parte los ingredientes ideológicos que suelen ser causa de enfoques tendenciosos. Ello significa que nuestro trabajo ha de moverse dentro del universo de la ética general: hábitos, virtudes, valores, etc. Nos referimos aquí al **fenómeno jurídico** dando a entender que la ciencia de los principios no se limita a tocar sólo aquellos actos y proposiciones que son formalmente jurídicos, sino que abarca toda clase de hechos o situaciones que puedan crear derecho.

El enfoque principista del fenómeno jurídico no se puede lograr de un solo salto, sino que hay que situarse en el proceso intelectual propio de toda ciencia. El primer paso de ese proceso consiste en analizar el **ser** de las normas legales. Se trata, en su inicio, de un trabajo mayormente exegético, en el que los preceptos aparecen a la luz de su significado y sentido, de su fuerza coactiva y de los límites a que se circunscribe su aplicación. Es la labor que realizan los legisperitos, expertos en conocer lo que es de Derecho (**quid sit iuris**). En etapas progresivas la ciencia

jurídica tiende a reagrupar las normas de acuerdo a la materia sobre que versan, creándose así las diversas unidades jurídicas que en el orden práctico dan lugar a las instituciones. Estas, vistas en conjunto, nos ofrecen el panorama de un sistema jurídico. Y luego, ante un conjunto de instituciones y sistemas jurídicos, el investigador encuentra una nueva unidad de ámbito superior donde se formulan los principios generales en que se basan dichas instituciones y sistemas jurídicos. Es en este estrato donde culmina la ciencia positiva del Derecho, que se expresa como teoría general, jurisprudencia, doctrina jurídica o dogmática jurídica. En este estrato el legisperito cede lugar al jurista.

El jurista ya no es tan sólo el conocedor del **ser** de la ley, sino que eleva sus investigaciones a los valores que ella representa. Corresponde al jurista no sólo determinar lo que es de ley -misión del legisperito-, sino también lo que es de justicia. Sin embargo, debe realizar este cometido sin perder de vista el conjunto de realidades y hechos sobre los que ya existe una cualificación jurídica expresa. Sobre esa cualificación podrá el jurista opinar, pero no someterla a los ideales de justicia. Dicho de otro modo, al jurista en cuanto que jurista no le es dado hacer de los hechos otra lectura jurídica que la que suena en los códigos vigentes. Las posibilidades de interpretación, sin que deje de haberlas, nunca serán tantas que hagan del jurista un intérprete autónomo de la norma positiva. Pero a pesar de esto, no es fácil desentenderse de los juicios de valor que derivan del valor de valores, que es la justicia. Por esto el jurista habrá de verse a menudo en la coyuntura de introducir alguna interpretación, aunque al fin de cuentas no pueda modificar la ley escrita. Después de todo, la actitud crítica que induce a la interpretación es inseparable de la ciencia del Derecho. Y la razón de ello es porque, aunque la norma escrita, en la intención del legislador, tenga por norte servir a la justicia, en muchas ocasiones no puede cumplir este objetivo por sí sola. Sabido es que el Derecho positivo se presenta en forma de proposiciones generales y abstractas que deben aplicarse a sujetos y hechos particulares y concretos; por lo cual en muchas ocasiones se

hace necesario individualizar las aplicaciones de la ley por medio del recurso a la interpretación.

Ahora bien, la labor del intérprete versa sobre un conjunto de estimaciones axiológicas que se rigen por unos postulados que trascienden la ciencia jurídica y que ésta no puede explicar por sí sola, a pesar de estar precisamente fundada en ellos. Esos postulados son los que constituyen el contenido formal de la ciencia de los primeros principios jurídicos. Las normas legales remiten su fundamentación última a un conjunto de valores que ellas mismas ni siquiera enuncian proposicionalmente, ni mucho menos explican. El **logos** oculto de la ley lleva de su mano al legislador aunque éste no sea siempre consciente de ello. Por esto el legisperito se limita a determinar lo que es legal a través de la lectura de la ley tal como es, pero no tal como debería ser. Y esto no porque el legisperito desestime el valor, es decir, el **deber ser**, sino porque la ciencia de los valores no es literalmente jurídica, sino metajurídica. Y es precisamente en este límite metajurídico donde empieza la ciencia de los primeros principios del Derecho.

Enfocar la ciencia jurídica desde los primeros principios significa hacerlo desde las más remotas razones de los valores encarnados en las leyes. Ahora bien, ocurre que cuanto más remota es la causa más extenso ha de ser el universo de sus efectos. Por consiguiente, ocuparnos de las últimas causas del fenómeno jurídico significa hacerlo desde una perspectiva universal. Perspectiva eminentemente científica, puesto que no hay ciencia alguna que no sea del universal, en un todo de acuerdo con la extensión del objeto propio de cada una. Por esto, siendo la perspectiva de los primeros principios la más universal que en el Derecho puede darse, al jurista que especula desde ella ya no le compete sólo explicar **quid sit iuris**, sino también **quid sit ius**, lo cual supone indagar en la constitución ontológica del Derecho. Es el punto de vista de la universalidad del fenómeno jurídico, que mira más allá de la norma positiva, donde se halla el **deber ser** de la misma. Y aunque

ese deber ser, cuando se encarna en una norma o sentencia concreta, no escape a los imperativos circunstanciales, sin embargo nunca se dejará de apelar a los principios universales de donde deriva, que se tienen por absolutamente válidos en sí mismos, y en su esfera ideal, situados por encima de toda contingencia.

Bien puede desprenderse de lo dicho que la especulación sobre los primeros principios del fenómeno jurídico implica una actitud crítica frente al Derecho positivo. El jurista sabe que el Derecho no es un valor puro, y que no todas sus normas resisten una analogía atributiva con los términos ideales de lo justo. Bien es cierto que la ciencia jurídica en general también ejerce cierto sentido crítico en momentos en que se impone alguna forma de interpretación, pero en tales casos no se trata de una crítica dirigida al ser de la norma, sino sólo a la circunstancia de su aplicación. Es una crítica que deja intangible el ser de la norma, aun en los casos en que logra crear jurisprudencia. Sólo la especulación sobre los principios universales de lo jurídico se dirige a la verdadera sustancia del Derecho y de la ley.

5. Aspectos de los primeros principios jurídicos.

Las precedentes explicaciones suponen una noción de Derecho no como es, sino como debería ser, lo que equivale a una idea universal del mismo. Demos por supuesto que es concebible una noción de Derecho situada en la idealidad del deber ser como imperativo absoluto. Si es así, sería conveniente considerarla en aquellos aspectos que la hacen aprehensible, que son: el lógico, el ontológico y el axiológico.

En el aspecto lógico del Derecho investigamos las notas formales de la juridicidad. Como resultado de ello situamos el Derecho en la universalidad, aunque solamente en la universalidad lógica. Sin embargo, con sólo esto ya podemos adquirir una noción definitoria de Derecho. Aunque en este primer paso no estemos en condiciones de

formular más que una simple definición, notaremos que el horizonte epistemológico ya se nos ha ensanchado notablemente. En efecto, no es poco saber situar el Derecho en su determinado punto dentro del complejo universo cognoscitivo. Con ello logramos nada menos que distinguirlo de otras áreas de conocimientos con los que muy frecuentemente tiende a confundirse. De hecho, si alguna ciencia hay cuya implicación en otras puede llevar a conclusiones sofisticadas, ésta es precisamente el Derecho. Además, sin una buena determinación de sus notas esenciales, tampoco se perciben debidamente ciertos conceptos que le son concomitantes, como la coacción, la eficacia, la relación jurídica y aun la misma racionalidad de la ley; conceptos que con harta frecuencia los legisperitos y aun los mismos juristas no enfocan debidamente.

En el aspecto ontológico, los primeros principios de lo jurídico contemplan el derecho como un fenómeno constante ligado a la naturaleza humana. No es que se le pueda asignar al derecho un comienzo determinado en la historia, sino que el hombre, en todo tiempo y sin siquiera percatarse de ello, se ha visto operando dentro de un sistema jurídico. De lo que se puede inferir que el fenómeno jurídico radica en principios y causas que están por encima de actitudes y situaciones particulares en que surgen los diversos sistemas normativos; lo cual invita a profundizar en el ser universal del derecho, investigando el porqué de los distintos fenómenos jurídicos recurrentes. Para el cultivo de esta área encuentra el jurista una eficaz ayuda en la ciencia del Derecho Comparado, donde el decurso histórico de los hechos que han creado derecho nos hace ver multitud de analogías que tienen su razón más allá de las ciencias jurídicas particulares. El estudio de los primeros principios supone un especial empeño en indagar las razones de esas analogías, y para ello no dispone de otro recurso que acudir a las nociones ontológicas que acerca de la naturaleza humana han elaborado los filósofos. A través de este recurso no se establece simplemente una relación entre filosofía y derecho, sino una clarificación del fenómeno jurídico por medio de la filosofía.

Por último, el aspecto deontológico nos conecta con una de las primeras y más radicales inclinaciones de la naturaleza humana: el sentido de la justicia. Si hay algún sentimiento en la humanidad que se niegue a darse por satisfecho con los hechos consumados, ése es el sentimiento de justicia. Podrá la humanidad aceptar un hecho injusto cuando no cabe otra alternativa, pero nunca lo aceptará como justificado en y por sí mismo. Ante hechos consumados injustos, podrá haber pasividad forzosa, pero nunca conformidad, al menos una conformidad identificada con la plena consciencia del acto injusto. La tendencia a juzgar no solamente los hechos, sino también el derecho establecido, es algo tan radicado en la naturaleza humana que ni siquiera la incapacidad subjetiva de juzgar ciertos actos es impedimento para que la tendencia persista. La injusticia que se evidencia en muchas valoraciones de actitudes y conductas es una muestra del natural sentido de justicia. A la ciencia de los primeros principios jurídicos corresponde la tarea de clarificar esta tendencia, que bien podemos llamar universal.

Estos tres aspectos de los primeros principios no se pueden investigar aisladamente, sino que deben entrar los tres en un conjunto, aunque sea distribuyéndose en partes lógicas de una misma unidad. A todo concepto definitorio en materia jurídica debe ir unido el resto de los contenidos, que sólo pueden ser bien entendidos en base a lo definido. Y como la investigación lógica y ontológica del derecho no puede separarse de su objetivo final, que es la justicia, resultará de ahí que el desarrollo logico-ontológico del derecho es el desarrollo del concepto de justicia. Es por esto por lo que la ciencia de los primeros principios jurídicos no debe entenderse como mera disciplina teórica, toda vez que sus investigaciones no se limitan a definir el puro fenómeno jurídico, sino que descienden a la práctica clarificando aquellos supuestos axiológicos que, por ser extrajurídicos, la ciencia general del derecho no puede definir ni explicar.

6. Metodología de los primeros principios jurídicos.

La metodología de los primeros principios se nos impone actualmente como consecuencia que aún arrastramos desde el replanteamiento que se efectuó en la ciencia jurídica a partir del siglo XVIII, a raíz de las críticas contra el iusnaturalismo. En efecto, algunas corrientes iusnaturalistas se habían excedido en interpretaciones excesivamente personales y arbitrarias del Derecho. Por esto se creyó necesario buscar una fundamentación de la ley en el Derecho mismo, sin intervención alguna de arbitrio personal o particular. Esta posición, que tuvo su arranque histórico en un momento dado, sigue siendo todavía hoy motivo de divergencias.

La ciencia jurídica se ha servido de los dos métodos tradicionales, el deductivo y el inductivo, haciendo valer, mediante ellos, sus argumentos demostrativos o probatorios. Pero algunos juristas, demasiado obedientes a las modas de los tiempos, se inclinaron excesivamente o a la deducción o a la inducción. Otros, por huir de Escila, cayeron inadvertidamente en Caribdis, es decir, por no incidir en un formalismo despersonalizante centraron la ciencia jurídica en la condición personal del sujeto de derechos y deberes. O viceversa: por no caer en las arbitrariedades del personalismo quisieron convertir el derecho en tabla deductiva de sentencias.

La historia de la filosofía jurídica nos muestra la diversidad de peligros a que se expone el investigador que se atiene exclusivamente a uno u otro método. El deductivista, solamente atento a los formalismos, corre el riesgo de encerrar el fenómeno jurídico en un marco excesivamente abstracto, vaciándolo de contenido. El inductivista, al contrario, atento sólo a los hechos, prefiere considerar el derecho tan sólo como un conjunto de acontecimientos a través del tiempo. Ambos extremos padecen defecto de método, pues ni es el derecho una ciencia totalmente teórica ni exclusivamente práctica, sino que consta de ambos aspectos. El derecho es un ente ideal nacido para encarnarse en

la práctica, y representa a la vez un conjunto de hechos que postulan una unidad ideal por la que se haga valer como principio de orden.

Dado que la adopción exclusiva de uno de los dos métodos conduce a extremos excluyentes, y por ende viciosos, parece recomendable que ambos tengan cabida en la ciencia de los principios jurídicos según exigencias de la materia, pues como ya sabemos, el derecho no es ni todo inducción ni todo deducción. La potencia racional del hombre radica en la **vis abstractiva**, que reduce a unidad conceptual la multitud de sensaciones recibidas. Ciertamente es que todo conocimiento proviene de los sentidos, pero esto no debe llevarnos a profesar el positivismo, pues si nuestras sensaciones no estuvieran unificadas por las ideas universales, serían imposibles las definiciones y clasificaciones, sin las cuales, a su vez, no se daría conocimiento científico alguno, pues como ya hemos repetido, no hay ciencia que no sea del universal.

Conviene, en fin, hacer valer estas observaciones de una manera especial para la ciencia del Derecho, la cual resulta precisamente de la unificación conceptual de muchas y complejas percepciones sensoriales. En efecto, tras la percepción de un conjunto de actos humanos -actos verdaderamente humanos, es decir, libres-, la mente concibe las ideas de derecho y sinrazón, de donde surgen como correlatos las de justicia e injusticia. Más aún, ni siquiera podemos decir que forjamos estas ideas con un acto expreso, sino que nos encontramos en posesión de ellas tan pronto como acabamos de percibir las sensaciones. Observemos, si no, cómo desde los mismos juegos infantiles nacen las primeras representaciones humanas de orden, bien, paz, justicia, etc., con sus respectivos contrarios. Bien es cierto que si en un punto dado preguntamos a cualquier persona la razón de estas percepciones ideales, tal vez no acierte a dar respuesta, pero a buen seguro que siempre y en casos normales sabrá cuándo se le cumple un derecho o se le hace una injuria. Por consiguiente, no parece admisible una metodología de principios en la que el derecho se conciba exclusiva y positivamente desde lo legal. El derecho en sí es

anterior a cualquier norma positiva y mucho más a cualquier legislador, jurista o iusfilósofo. No existe el derecho por ellos, sino ellos por el derecho.

* * * * *

El complemento natural de esta ponencia sería continuarla -si fuera posible aquí y ahora- explicando cómo se adquiere la noción de derecho fuera del derecho positivo. Porque es evidente que jamás podemos identificar lo legal con lo justo, salvo aquellos casos -ojalá fueran muchos- en que lo legal es precisamente lo justo. Por esto, para obtener una idea cabal de lo que es derecho, habría que abandonar la costumbre de colocarlo en el género de la norma escrita, dejando de definirlo como "conjunto de normas promulgadas", y decidirse a sostener que el derecho es la "misma cosa justa" (**ipsa res iusta**). Quizás esta idea no resulte muy popular para quienes estén prevenidos contra las formulaciones esencialistas de origen medieval. Pero fuera de este prejuicio, la citada noción de derecho tiene la ventaja de arrancar de sus primeros principios universales. Viéndolo desde este ángulo, el derecho obtiene aquel mínimo grado de objetividad requerido en toda ciencia.

ÉTICA Y ESTÉTICA

Mauricio Navia
Universidad de los Andes

Podríamos decir que la filosofía nace con un diálogo ético-jurídico de fundamentación de la ontología que deviene en un diálogo estético.

El primer fragmento filosófico de Occidente inicia una reflexión sobre el carácter esencialmente injusto de la existencia que impera, no sólo en los hombres, sino en todas las cosas. La sentencia es de Anaximandro y dice así "El principio y el origen del ser de las cosas es el Indeterminado (APEIRON). De donde nace el ser de las cosas, allí también perece, según la necesidad; porque ellas deben pagar, conjuntamente, una justa retribución, por su Injusticia, según el orden del tiempo". Esta inescrutable y abismal frase refiere el carácter ético-negativo del ser de todas las cosas, pues son esencialmente, en su ser, Injustas (Adikia).

El nacer de las cosas las condena al morir sin fin ni sentido (sin Telos, ni logos). Ellas no tienen un ser esencial, sino el de ser para la muerte. El ser esencial, está en su origen y fundamento, en su ARJE, en el APEIRON, en el Indeterminado. Las cosas, los entes, (lo determinado-PERAS), son injustas en su ser, son ontológicamente y éticamente negativos. La ontología del mal emerge como el "sino" trágico de la Filosofía en sus orígenes. La injusticia cósmica reina según la necesidad y el orden del tiempo. El "derecho natural" del Eterno Devenir nos somete a la Humanidad, a los entes, a las cosas, e incluso a nuestro universo (al ente en total) a nacer y morir sin ningún sentido ni valor esencial. Nada quedará de la historia, de los hombres, de nuestro

planeta y de nuestro imaginario cosmos, sino la injusticia (de haber sido en el "dolor" del sin sentido y en nuestra necesaria e inevitable muerte) según el orden del tiempo. (Para un acercamiento a los abismales sentidos de esta sentencia véase **El Mundo como Voluntad y Representación** de A. Schopenhauer, la interpretación de Nietzsche en el capítulo 4 de **La Filosofía en la Época Trágica de los Griegos** y el pequeño ensayo de M. Heidegger, "La Sentencia de Anaximandro" en Holzwege).

Esta primera sentencia de la Filosofía anuncia el substrato ético - ontológico de un pensamiento que medita radicalmente el sentido y la esencia del Tiempo y abandona las cómodas lecturas mítico - históricas etnocéntricas, y las lógicas-morales antropocéntricas.

Heráclito, dialogando con el inmenso peso de las reflexiones de Anaximandro ofrece otra mirada jurídico-ontológica del valor de la existencia sin rehuir tales conclusiones trágicas, al afirmar la justicia, la DIKE, como el ser de todas las cosas. Hegel, Nietzsche y Heidegger nos abrieron a Heráclito para este siglo. Desde ellos hemos escuchado un nuevo Heráclito que piensa el ser de las cosas según el "principio lógico" que afirma la identidad real como algo que es y no es. Que piensa la esencia de la realidad (Wesen des Wirklichkeit) desde la esencia del tiempo (Wesen der Zeit) y entiende el Devenir como lucha de contrarios, como guerra y como justicia (DIKE). Allí el ser de las cosas es juzgado ontológicamente como inocente, libre de culpa. Las cosas son esencialmente justas en su ser y no ser, en su devenir, "Más allá del bien y del Mal", más acá de la moral y los valores humanos.

Allí Heráclito introduce conceptos estéticos para mostrarnos el modo de ser de lo Uno y lo Múltiple, del Ser y los Entes, justamente ambos pensados de modo negativo. Todo lo que es, es como el juego del fuego consigo mismo, el juego inocente del Devenir, que retorna eternamente solo como Devenir. Es el juego del Tiempo que juega como el juego del niño, inocentemente.

"El Tiempo es un niño que juega a los dados" dice el fragmento 52. Para Nietzsche este juego "justo e inocente" que es el ser de todas las cosas lo entiende y lo juega no solo el niño, sino también el artista.

"Así mira el hombre esteta el mundo aquel que en el artista y en el nacimiento de la obra de arte ha experimentado, cómo la lucha y la multiplicidad pueden soportar en sí ley y derecho, cómo el artista se pone a mirar sobre y en la producción de la obra de arte, como necesidad y juego, cómo la lucha y la armonía deben ser pares para la generación de la obra de arte". (Kritische Studien Ausgabe, Vol. 1. , Berlín, 1967, pág.831, 5-10).

Esto lo dice Nietzsche, en el único lugar donde dialoga temáticamente con Heráclito, en 1873, en un ensayo póstumo titulado "la Filosofía en la época trágica de los griegos". Con ello el concepto de juego abre para nuestra época una nueva comprensión del ser esencial de todas las cosas que son siendo en el modo del ser del juego; sin fin, ni sentido, libres e inocentes, justas y placenteras, más allá del bien y del mal. El juego del fuego consigo mismo juega inocente, eternamente, a Devenir y retorna, en cada instante, como Devenir eterno, cuya justicia es estética, como la del juego mismo.

La Historia de la metafísica, sin embargo, ha olvidado este lugar (TOPOS) estético de la ontología y este lugar Justo del ser de las cosas en el Devenir. La Historia de la Metafísica, de Platón a Hegel, se ha esforzado por arrancar al ser y los entes del tiempo, del Devenir, y se ha ocupado de buscar esencias permanentes en las cosas. Su problema es el Ser del Ente, en su cuádruple dimensionalidad implícita: El ente en cuanto ente; la verdad del ente; el ente en total y el ente supremo (ON-ENS, ALETHES-VERUM, HEN-UNUM, AGATHON-BONUM). Este esfuerzo por encontrar el fundamento esencial del ser del ente, tenía, desde sus orígenes, una intención de fundar una ética universal para los hombres, un principio inmóvil que sirviera de referencia para la acción. Un conocimiento esencial de los entes que

permitiese fijar un imperativo categórico, un "deber ser", universal. Cada vez que una ética surgía y se instauraba, irónicamente producía una nueva guerra y épocas de intolerancia, (Como aquella guerra de cien años del marxismo que acaba de concluir).

A partir de Descartes el Ser del ente fue pensado desde y como *subjetum*, como sujeto. El mundo se pensó como "representación" del sujeto y la ética se intentó pensar desde la verdad del ente preeminente como "Certeza", como "principio regulativo" instaurado desde la certeza racional del sujeto. La estética, en cambio, pasaba a segundo, o tercer plano, como el lugar no racional, ni científico, por excelencia. Extrañamente fue Kant quien problematizó, no solo el carácter esencial del ente-objeto al remitir su fundamento a los principios puros y a priori del entendimiento, esto es al sujeto, sino el del fundamento de la estética misma, otorgándole un nuevo lugar excepcional en la crítica y dándole un especial valor ontológico a los juicios estéticos.

Schopenhauer y Nietzsche extrajeron unas conclusiones de Kant: la esencia del ser del ente es valor humano, en cuanto que el hombre constituye las cosas en el acto de conocerlas. Es el "*principium individuationis*" en el proceso cognoscitivo quien coloca a las cosas como seres esenciales e individuales. El ser del ente se toma valor, esto es, nihil de ser, mera valoración inesencial. El proyecto entero de la *Metafísica* de Platón a Kant concluyó en Nihilismo. Detrás del Ser del ente, de su verdad (racional), de su totalidad (histórica) y su onto-teología (finalismo ético) no hay nada sino valoraciones humanas.

La estética comenzó a resurgir como el lugar (TOPOS) desde donde evaluar el valor (ya no esencial) del camino de la *Metafísica*, desde donde revisar el valor del saber, de la ciencia y desde donde ver el valor del valor mismo, para retornar al juego del valorar.

Nietzsche dice en *El Nacimiento de la Tragedia*:

"Ver la ciencia desde la óptica del artista, y el arte desde la de la vida" (NT. Ensayo de autocrítica, 1886).

Esta frase sintetiza el programa desde donde la ciencia, el saber, la ética y el derecho mismo son pensados como fenómenos estéticos.

Nietzsche apenas fue escuchado en su tiempo. Acaso Heidegger inició una primera reflexión del alcance de esta mirada, que retoma a Heráclito y al origen de la filosofía (Véase su primer curso, en los años treinta, sobre Nietzsche "La Voluntad de Poder como Arte"). Pero es en esta segunda mitad de siglo donde se difunde esta óptica que instaura la estética como el lugar desde donde se debe evaluar, transvaluar, desconstruir y reinterpretar todo saber y toda ética (y derecho) como valor e interpretación estética. (Acaso porque el predominio del pensamiento racional, dialéctico-histórico, de Hegel tuvo una muy dura y exitosa traducción y difusión con la cultura ética-teológica del marxismo hasta los años sesenta de este siglo).

La estética, pensada de este modo, en un sentido más amplio que el de la mera disciplina filosófica referida al arte y lo sensible se instaura desde las corrientes postnietzscheanas (la francesa y la italiana), desde las nuevas lecturas (anglosajonas) de Wittgenstein, desde la expansión de la hermenéutica fenomenológica heideggeriana y la hermenéutica metodológica de Gadamer y Apel, desde los impactos de los resultados de la Escuela dialéctico-crítica de Frankfurt, en particular los de W. Benjamín y los de Th. W. Adorno, desde las indagaciones de la semiótica del arte y desde algunas teorías sociológicas jurídicas y antropológicas contemporáneas.

Hoy podemos mirar, ya libres de las discusiones epocales de los ochenta, sobre modernidades y postmodernidades un nuevo horizonte, antiguo y vivo, que piensa el saber, la ética y el derecho desde la óptica

tolerante y creadora de la estética, que ¡no afirma que todo vale! (everything goes), sino que sólo valen las miradas que son autoconcientes, que no hay valores supremos y totalitarios. Y valen como juego de interpretaciones que interpretan el valor del valor para crear valores más allá del círculo hermenéutico.

Para jugar el juego de crear reglas para el juego de las reglas (ya no *quid juris* sino *quid facti*). Allí la ética se torna estética y el derecho dialoga y juega honesto a los juegos del poder. Ya no con pretensiones absolutas de poder, sino leyendo el poder como juego (serio y trágico) entre otros juegos siempre abiertos flexibles y tolerantes. La ética como estética no es, de ningún modo, el abandonar al relativismo y la inmovilidad. (la resignación al círculo vicioso). La ética como estética y la estética como ética no solo validan y promueven las ópticas que aceptan otras ópticas que legitiman las ópticas plurales y diseminadas, sino que se enfrentan a las ópticas totalitarias, autoritarias y dogmáticas de ciertas éticas con pretensiones de verdad universal (verdad metafísica, teológica, histórica o científico-racional) y sobre todo de las éticas pragmático-políticas fundadas en consensos de interés. La ética como estética y la estética como ética liberan la voluntad de universalismos y pragmatismos, y lejos de ser reactivas e inmovilizantes o promotoras del relativismo, del dogmatismo, del absurdo existencial o el sometimiento a lo establecido, son intensamente activas y provocativas. Pero siempre autoconcientes de sí mismas, de no producir nuevas intolerancias desde competencias de acción inflexibles. Si recordamos al místico-ético y esteta Ghandi, leeremos "no-violencia", no como pasividad, pacifismo o inmovilidad, sino como voluntad de lucha, de oposición, de "guerra" (en sentido Heraclíteano) desde un lugar (TOPOS) de vida, de tolerancia sin dogmatismos, sin universalismos, sin pragmatismos, ni mundos ideales éticos, metafísicos, teológicos, racionales, científicos, suprasensibles, inmóviles.

Este espacio del nihilismo activo, de la transvaloración ético-estética de la desconstrucción que denuncia, de la hermenéutica que reinterpreta las intolerancias como interpretaciones a interpretar, de la legitimación de la diseminación de ópticas plurales y múltiples, del pensamiento crítico negativo que piensa sin "aura" la ética (y la estética) sin trascendentales y que delimita las orillas de la pequeña isla del saber lógico racional y técnico, no para aprisionarnos en la isla, sino para invitarnos a jugar en el inmenso océano de la vida el juego que juega el AION como el niño y el artista, es decir, un juego para jugar, sin reglas, ni leyes absolutas, un juego que quiere jugar para vivir mejor y más libres, y no para crear reglas y principios ético-lógicos universales que matan la vida. Es el juego de la excelencia (ARETÉ) que jugaba Sócrates (sin Platón) o el juego dionisiaco de las tragedias y el AGON. Es el juego que juegan los modernos, postmodernos y premodernos que se abren a la lectura cómica trágica e inocente del sentido de la existencia como fenómeno estético o POETICO.

CONSIDERACIONES DE M. HEIDEGGER SOBRE LA EPOCA ACTUAL COMO EXPRESION DEL ESTADO DE ABANDONO DEL SER.

Lionel Pedrique O.
Universidad de los Andes

Introducción: Planteamiento General

Sumidos en el devenir propio de nuestras vidas cotidianas no podemos menos de constatar la tendencia creciente a vivir marcados por lo *pasajero* y por la *inestabilidad*. En cualquier dirección en que se oriente la mirada parece prevalecer como constante un horizonte de incertidumbre, de cambios vertiginosos y, sobre todo, de verse uno constantemente asaltado por lo *im-previsto*, sea ello grato al coincidir con nuestra avidez de novedades o ingrato por lo escandaloso o agresivo de lo percibido. En un cierto nivel de nuestra comprensión de los acontecimientos y del vivir se va configurando una especie de *visión* que trata de integrar de algún modo la variedad factible y la diversidad real de todo lo que se percibe y vivencia. De allí surge una cierta noción que si bien bastante vaga - si la tratamos de precisar con el rigor de un pensar científico social- permite, aunque *transitoriamente*, encajonar la diversidad de lo percibido. Esta noción es la de *época*. Ella no abarca más allá de lo que *hoy* vivimos, con su cúmulo de temores, inseguridades y esperanzas. Sus comienzos en cambio, aunque comprensiblemente definibles, no parecen subsistir las formalidades que nos presenta la historia, sea como *historia social* o como *historia del pensamiento y las ideas*. Lo cierto es, sin embargo, que estamos provistos de una visión de eso que podemos llamar una *época* y que aquí nos referimos, por el acoso y el apremio de este *Hoy*, como a la *época actual*.

De cualquier forma que miremos, lo que se suele percibir es un predominio de la tendencia de las instituciones a mostrarse con mayor *debilidad*. En general parece percibirse una pérdida de la vigencia dentro de las mismas, manifestándose superficialmente por una constante contradicción estructural entre el alcance de sus justificaciones y las supuestas razones por las cuales ellas se han constituido, y al mismo tiempo, como por una *vacuidad* en su capacidad de obtener ese espíritu de respaldo anímico que requieren del hombre común. El hombre de *esta época* parece percibir que las instituciones se han entronizado más por sí mismas que por su naturaleza original para las que surgieron como tales.

Con frecuencia se deja oír la reflexión de que los llamados *valores* de nuestra época han perdido su fuerza de rectoría en la conducta tanto institucional como personal. Simplemente *creemos* aún participar formalmente de aquellos valores de corrección y consecuencia que supuestamente predominaban en las actuaciones tanto públicas como privadas y esto ha determinado que en el campo de las reflexiones el clamor por la **Ética** haya estado como desplazando la ya no tan predominante acuciosidad por el *conocimiento* y sus posibles *métodos*. Justamente el *vacío ético* que parece percibirse *hoy* genera la angustiosa y, por lo demás, confusa demanda por una supuesta como necesaria *clarificación* de los problemas atinentes a *lo ético*, que las nuevas condiciones de vida del mundo de hoy han puesto aún más en evidencia dentro de esa mencionada sensación de *vacío ético*.

Un caso llamativo en este contexto tan cambiante y tan confuso lo muestra el **arte**. Ni siquiera hay seguridad de que pueda abrigarse una *noción* de éste unitariamente aceptable al no más ver la diversidad de manifestaciones que permanentemente rompen los posible cánones de lo que hasta *ahora* (*desde* mediados de este siglo) se ha considerado *lo artístico*. En todo y con todo, lo que se aparece ante nuestros ojos y en el seno de nuestras propias vivencias no parece ser otra cosa que la constatación de una crisis total del hombre mismo.

Consideraciones de m. Heidegger sobre la época actual como expresión del estado de abandono del ser.

Un cuadro general así *difuso y disperso*, como el que actualmente parece írsenos imponiendo, encuentra hoy día en el llamado 'postmodernismo' una aparente elaboración interpretativa que permitiría comprender en buena medida toda esta situación superficialmente aquí descrita. Como vía de interpretación la corriente contemporánea del 'postmodernismo' se erige en algo más que una interpretación y, sabiéndolo o no, se muestra de alguna manera como 'expresión' ella misma de lo que *esta época* evoca. Con todo que el tema de esta exposición no es ni desarrollar, ni criticar las fundamentaciones de la corriente actual postmodernista, me ha parecido conveniente hacer algunas precisiones a partir de una idea, según la cual se tiende a ver en el filósofo Martín Heidegger (1889-1976) como el supuesto "filósofo del Postmodernismo".

Las anotaciones que sostengo a continuación deberán contribuir, al menos someramente, a distinguir claramente entre aquella posición eminentemente de analítica socio-cultural de nuestra época, y la de M. Heidegger que nunca abandona el campo propiamente filosófico.

Precisiones iniciales.

De entrada, algunas precisiones:

Primero, con todo que el conocimiento más divulgado acerca de la obra de Heidegger en español es cada vez más amplio, puede afirmarse sin ninguna duda que es igualmente fragmentario y sesgado. En general, la traducción de su obra al español está referida, desde la edición de 'Ser y Tiempo' (México, FCE, 1951, traducción de José Gaos) prácticamente a sus conferencias y algunos pocos Cursos Catedráticos sostenidos en las Universidades de Marburg y Freiburg. Todo sin embargo se mantiene insuficiente para poder hablarse aún de una *recepción* adecuada en español. En buena parte de esta obra divulgada del filósofo alemán puede apreciarse un *entrelazamiento* entre las consideraciones más propiamente

filosóficas y las consideraciones que parecieran ser comprensibles aun solamente *desde* una perspectiva meramente socio-cultural. Tal es el caso de tematizaciones acerca de la *técnica*, de la *arquitectura y el habitar*, la *obra de arte*, el *lenguaje*, la *comunicación*, entre otros tantos. De ahí que es frecuente ver un acercamiento al pensamiento de Heidegger desde otras disciplinas de las Ciencias Sociales *como si* en Heidegger prevaleciera la misma *intonía de pensamiento* que en las CCSS. Y sin embargo, puede decirse que para quien se ha ocupado del pensamiento de Heidegger lo más estrictamente posible en su **visión filosófico-fenomenológica**, a veces resulta una sorpresa casi vertiginosa el constatar la anuencia de consideraciones muy precisas acerca de la **época actual**.

En segundo lugar, debemos salir al paso a una posible interpretación de tales *consideraciones* como si se presentaran con el *mismo carácter* de las que se suelen hacer desde la perspectiva sociológica o comunicacional o también en una suerte de *filosofía política* o *filosofía de la cultura*. En estas perspectivas es fácil constatar que la prevalencia de *fundamento* está centrada en el predominio del carácter social, bien que sea formulado como *socio-cultural*, o *socio-histórico*. Como tales se enmarcan ya en una cierta visión derivada de la esquematización que nos ha legado la tradición científico-social, desde su cristalización como ciencias ónticas empíricas en el S. XIX, luchando aún con mucho por estabilizar su llamado *puesto epistemológico* conjuntamente, o tal vez "al lado", de las otras ciencias ónticas referidas a la *naturaleza*.

De ello se desprende, en tercer lugar, que tales consideraciones de Heidegger sobre la *época actual* no dejan de ser nunca más que **consideraciones ontológicas**. Como tales permiten una mirada comprensiva, siempre de carácter *fenomenológica*, de los distintos aspectos atribuibles como formas de manifestación de *esta época*. Son **ontológicas** y no meramente **ónticas**. Ni tan siquiera simplemente reducibles a esa especie de aparejos conceptuales con que necesariamente 'operan' las Ciencias Sociales para lograr el llamado 'acercamiento a la

Consideraciones de m. Heidegger sobre la época actual como expresión del estado de abandono del ser.

realidad'. Son *ontológicas* porque dimanar desde una visión de **fundamento** de la misma condición **originaria** de la naturaleza humana, tal como lo ha *videnciado* Heidegger en su propuesta fenomenológica existencial. Desde esa *dimensión originaria* es comprensible el despliegue de todo lo propiamente humano pero desde una perspectiva *distinta* a la de las Ciencias Sociales. Por ser *consideraciones ontológicas*, sin embargo, las Ciencias Sociales pueden ampliar sus propios horizontes y propuestas. Acaso la puerta abierta para el *retorno* fructífero de éstas a la *madre filosofía*.

En un cuarto nivel de estas precisiones *iniciales* está el centro del punto de partida de todo el camino- o los *caminos*- transitado por Heidegger, y, en definitiva, el puntaje que hace posible todo el tejido- o *des-tejido*-heideggeriano: Y es que sumidos en lecturas que se arropan por las perspectivas de otros campos de reflexión se olvida frecuentemente el hecho de que la *pregunta hilvanante* en toda la obra escrita de Heidegger es la **pregunta por el Ser**. Desde ella es que se configura y se articula en sí todo el despliegue extenso de sus consideraciones, de sus conceptualidades - las más de las veces incomprensibles a falta de una cierta ejercitación fenomenológica al respecto -, de sus intentos de *formulación* que dimanar de la *visión comprensiva* de su filosofía. La *pregunta que interroga por el Ser*, esa cuyo objeto no está referido a un *ente* cualquiera, sino a un objeto *singular*: el Ser mismo. Este no se deja reducir a un objeto específico, propio de todo **preguntar**, sino que al mostrarse con un carácter que le hace *peculiar*, impone y exige un *andar* también *peculiar* para primero *disponerse* a acercarse tan siquiera a plantearse y a penetrar la misma *pregunta por el Ser*. Me es muy curioso, pero es fácilmente constatable, cómo en las repetidas referencias a Heidegger y en las pretendidas lecturas derivadas del mismo Heidegger se puede observar que tal centramiento permanente alrededor de la *pregunta que interroga por el Ser* es *olvidado* con frecuencia. Por ello es dable equiparar todas sus reflexiones con las que son propias de las Ciencias Sociales. Pero *esto*, precisamente, presenta la necesidad de un cierto

acercamiento, en rigor y consecuencia, al pensamiento de Heidegger.

Como quinta y última precisión inicial aquí, se puede señalar que, siempre desde la perspectiva **ontológica**, lo que da base al cúmulo de manifestaciones propias del carácter de *esta época actual* es la expresión de la condición radical del hombre en su doble expresión de **estado de abandono del Ser** (Seinsverlassenheit) y de la **más grande miseria** (höchste Not). Por el primero se indica la curiosa relación en la cual el hombre se *sitúa* ante los entes de tal manera que éstos (los entes) se le aparecen como meros objetos disponibles, “como si el Ser (Seyn) no esencializara” (»als ob das Seyn nicht weste.«, Beiträge zur Philosophie, 1989, pág. 115, aún no traducido al español). No es simplemente que el hombre se ha acomodado en su mundo de una tal manera que tiene los objetos en su estado de disponibilidad (Vorhandenheit) siempre y en cualquier momento *a la mano* (zuhanden), sino que por debajo de ello se pone al descubierto una *situación existencial* del hombre por la cual los entes son manipulados como si el Ser ya no los sostuviera en modo alguno. El *estado de abandono del Ser* (die Seinsverlassenheit) muestra una pérdida de esencialización del Ser (»eine Ver-wesung des Seyns«, ídem), reduciéndose la disposición comprensiva del hombre frente a la Verdad meramente como corrección formal de la representación.

La **más grande miseria** (die höchste Not), por su parte, se articula con el estado de abandono del Ser a partir de la miseria (die Not) inicial del *estado de olvido del Ser* (Seinsvergessenheit). En ésta el hombre ha olvidado no sólo la pregunta por el Ser, sino el ver tan siquiera la posibilidad de que pueda replantearla. El *olvido del Ser* es tapado por los "prejuicios" que postulan una supuesta "imposibilidad" de plantearse la pregunta por el Ser, o que estima una repuesta ya dada al considerarla en su mera *formalidad*, o que sostiene la inutilidad de tal pregunta ('Ser y Tiempo', § 1). Desde la perspectiva del *estado de olvido del Ser*, como *miseria* (Not) del hombre se configura la *más grande miseria* al desplegar el hombre sus posibilidades existenciales desde la más profunda *ausencia*

Consideraciones de m. Heidegger sobre la época actual como expresión del estado de abandono del ser.

de condición miserable (Notlosigkeit). Desde la *ausencia de condición miserable* emerge la *mayor miseria*: el hombre está entregado a los entes, como lo “real”, él piensa ante los entes, que son “reales” y así conoce sólo los entes, situándose en tal *presencialidad* de los entes (Anwesenung) de tal forma que quiebra la presencia del Ser bajo la manifestación de su *abandono*. En tal condición se reduce al ente para el hombre meramente en *agarre y utilidad* (Griff und Nutzen, BzPh, N° 55).

Manifestaciones de la época actual.

Pero el *estado de abandono del Ser* no está a simple vista. Este se oculta de diversas maneras confirmando y consolidando desde un punto de vista *ontológico* el estado existencial del hombre en su condición actual de *más grande miseria*. De entre las diversas formas de tal ocultamiento del *estado de abandono del Ser*, Heidegger señala expresamente las siguientes:

1. El *cálculo*. (die Berechnung): refiere al predominio de la *mentalidad de cálculo*, por sobre cualquier otra, sustentando una vinculación ontológica con el *Señorío de la cantidad*. Esta mentalidad del *cálculo* está puesta en el poder por la *hacedoridad* (Machenschaft) de la técnica, que está fundada cognitivamente en la matemática. De allí el predominio de un concebir previo (Vorgriff) en reglas y directrices que funda la seguridad y la confianza en la *dirección* y el *plan organizativo*. Nada se muestra en sí improbable, pues reina la seguridad ante los entes que se manejan. La pregunta por la Verdad ya no es más necesaria, pues todo se orienta según la estimación del *cálculo*. Lo *imprevisto*, lo *sorpresivo* es solamente aquello que todavía no ha podido asir el *cálculo*, pero que pronto lo será. Ello invade incluso el campo de los *sentimientos*: aún las relaciones afectuosas ceden ante el dominio del *cálculo*. El *cálculo* no está considerado en su

dimensión más superficial y externa, como comportamiento psico-social en cuanto mera reflexión calculadora de una especie de actuación pícaro, sino fenomenológica-existencialmente, como *fundamento ontológico* del actuar (BzPh, N°58).

2. La *velocidad* (die Schnelligkeit): se refiere al carácter de velocidad y premura que se funda en el crecimiento mecánico continuo de la »velocidad técnica« (technische Geschwindigkeit). Es el no poder detenerse en el silencio del crecimiento oculto y de la expectación. Se presenta más bien como la permanente fugacidad en cuanto fundamento de la »perseverancia«. Necesariamente conlleva al olvidar rápido y al perderse en lo siguiente (Idem).

3. La *irrupción de lo masivo* (der Aufbruch des Massenhaften). Pero esto no en sentido de la llamada sociedad de masas, que es un hecho social. Justamente la *velocidad apremiante* y el *cálculo* constituyen ontológicamente la manifestación de lo *masivo*: cada quien es accesible de *la misma manera*. Lo *mucho* y el *todo* se hacen parientes. Lo *particular* y lo *singular*, en cuanto Esencia del ser, se hace extraño.

A estas tres manifestaciones del *estado de olvido del Ser* se acompaña un cuarto rostro que unido a los otros tres apuntala el ocultamiento y el enmascaramiento del desmoronamiento y la ruina interior: la *simplicidad* (die Entblössung), que se metamorfosea a través del predominio de lo publicante (die Veröffentlichung) y de la vulgarización (die Vergemeinung) de todo estado de ánimo. Muestra su rostro desértico a través de la inautenticidad creciente de cada actitud y junto con ello por el derrocamiento de la palabra: La *palabra* es apenas un *eco*. La consideración acerca del *sentido* ya no es más relevante. La simplificación del sentimiento es, a su vez, el enmascaramiento del *vacío creciente* y se muestra en la incapacidad de vivenciar y experimentar el acontecimiento

**Consideraciones de m. Heidegger sobre la época actual como expresión
del estado de abandono del ser.**

verdadero: el *estado de abandono del Ser*. De allí la *más grande miseria*.

Heidegger señala que estas manifestaciones ontológicas del estado de abandono del Ser sugieren el comienzo de la era (Zeitalter) de la total ausencia de preguntas de todas las cosas y de todas las actuaciones. Pienso, pues, que la mencionada situación inicial de la constatación de una sensación de **vacío ético** de nuestra **época actual** podría ser profundizada comprensivamente tomando en cuenta estas reflexiones de Heidegger, sin perder de vista que son consideraciones de **carácter ontológico** y que tienen como fundamento la gran pregunta que caracteriza al hombre mismo: aquella que interroga por el Ser, aquella que es demanda y desvelo por lo que se ha olvidado y se ha abandonado: el Ser mismo.

**EL NIHILISMO PSEUDOPOSTMODERNO
VS
UNA FILOSOFÍA PARA UNA AUTÉNTICA
POSTMODERNIDAD**

Elías Capriles Arias
Universidad de los Andes

Enormes oposiciones conceptuales tienen lugar entre sistemas de pensamiento que a primera vista parecen compartir posturas esenciales, pero que en verdad apuntan en sentidos diferentes o contrarios. Esto sucede entre, el pensamiento que considero genuinamente postmoderno (use o no la etiqueta), y el nihilismo y otras formas de pensamiento que se autodefinen como “postmodernas”. Aunque las unas y algunas de las otras “desrealicen” intelectualmente los valores, el sujeto y lo que experimentamos como substancias, el pseudopostmodernismo no pretende ir más allá de dicha desrealización intelectual; en cambio, para el pensamiento genuinamente postmoderno ella es la preparación para una desrealización en la *experiencia* del individuo, que deberá lograr que ésta no sea psicótica sino mística.

En psiquiatría, el sustantivo “desrealización”, seguido por el adjetivo “psicótica”, designa experiencias en las cuales se deja de percibir como *dado* y absolutamente verdadero lo que el sentido común considera “real”. La desrealización de la substancialidad es la develación de su carácter ilusorio y su desaparición. Etimológicamente, *pánico* significa “relativo a Pan y lo que le es esencial”; como forma de miedo, debería significar “terror irracional ante el carácter ilusorio de las substancias es hecho patente por la develación de la totalidad”. Sólo si el individuo reacciona con *pánico* ante la desrealización debería llamársela psicótica; si no hay aferramiento a la ilusión de substancia y su

desrealización resulta en la feliz develación de la verdadera naturaleza del individuo y el universo, debería decirse que la desrealización es mística.

La desrealización mística es el objetivo de una serie de sistemas no-dualistas y no-substancialistas que conducen a la vivencia intemporal y panorámica que el zurvanismo designó como *Zurván*¹ y que una tradición asociada al *tantra* budista *Kalachakra (Rueda del tiempo)* denomina “Total Espacio-Tiempo-Conocimiento”.² Esta vivencia habría sido patente en la *era primordial*, antes del inicio de la historia —cuando imperaba lo que Dumézil designó como la “visión mágica” (que *no* era chamánica)—³ y los sistemas que conducen a su desocultación son ahistóricos en la medida en que se ocupan de una realidad sin temporalidad secuencial no condicionada por época alguna.⁴ Si lo moderno constituye la última etapa de la historia, que alcanza su reducción al absurdo empírica en la crisis ecológica que constituye el producto final de la modernidad, lo “postmoderno” debe ser “posthistórico” y consistir en la desocultación de lo ahistórico.

En cambio, el nihilismo pseudopostmoderno es característico de las postrimerías de la modernidad, desencantadas con los ideales de la modernidad pero todavía inscritas en el proyecto histórico del que son la culminación, aferradas a las “comodidades” que la forma de vida y el tipo de tecnología imperantes todavía parecen proporcionar a algunos privilegiados, y orgullosas de tales “logros humanos”. El nihilista emplea la desrealización meramente intelectual de los valores, las substancias y el sujeto para sentirse superior a los demás, como alguien que ha superado los mitos que dominan al “populacho”. Contrariamente, la *vivencial* desrealización mística de los valores, las substancias y el sujeto pone fin a la ilusión egoica en la raíz del egoísmo, haciendo innecesarios los valores que surgieron para contener los desmanes y las injusticias que dimanaban de aquél, y haciendo imposible cualquier asomo de orgullo, superioridad o arrogancia.

*El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica
postmodernidad*

El error de mostrar intelectualmente que las substancias, el sujeto y los valores no poseen carácter absoluto que les atribuimos, a fin de fundamentar una visión nihilista del mundo, fue denunciado ya alrededor del siglo II d.C.⁵ por Nagarjuna, el destructor budista *mahayana* del ser, la substancia y los valores que dio origen a la escuela filosófica *madhyamaka*. Este afirmó que era mucho más perjudicial aferrarse a la negación de conceptos y valores que a su afirmación, pero lo ideal era superar ambas cosas en la desocultación de la gnosis primordial que hace patente la verdadera condición de la existencia, desrealizando vivencialmente nuestra *ilusión* de ser egos substanciales con un valor y una importancia dados, en un mundo de entes con las mismas características. Puesto que la totalidad de los seres vivos sufre los dolores y disfruta los placeres como si ellos mismos y sus experiencias fuesen realidad absoluta, mientras no hayamos superado la ilusión tendremos que tener un absoluto respeto por los seres humanos y la naturaleza. Nagarjuna escribe:⁶

Al ver, pues, como surgen los efectos
de las causas, uno afirma lo que aparece
en los convencionalismos del mundo
y no acepta el nihilismo...

El partidario de la no-existencia padece migraciones malas,
pero los seguidores de la existencia las tienen felices;
el que sabe lo que es cierto y verdadero no es víctima
del dualismo y, por lo tanto, se libera.

La desrealización intelectual de la ilusión de substancialidad y la idea según la cual los seres vivos y sus dolores y placeres son apariencias vacías no debe servir como pretexto para dar rienda suelta a los impulsos que surgen de dicha ilusión. En tanto que no la hayamos superado vivencialmente debemos mantener un perfecto respeto hacia los demás y esforzarnos por desarrollar cualidades tales como amor, compasión, júbilo por el bien de otros y equidad.⁷ Puesto que no es posible tener el respeto y las cualidades en cuestión y sin embargo

aceptar la explotación de los seres humanos y del resto de la naturaleza, esto implica una posición *política* —no importa a qué grado los pseudopostmodernos se burlen de nosotros por aferrarnos a valores y por seguir proponiendo la utopía “propia de la modernidad”—.⁸

Algunas de las variantes del pensamiento pseudopostmoderno son desarrollos de esa “línea genealógica que considera el lenguaje como totalidad, como unidad en la oposición de sujeto y objeto, como algo previo a las abstracciones que el mismo lenguaje hace posible”.⁹ Esta filosofía hermenéutica tiene su origen en la modernidad —en lo que Heidegger procesó a partir de Dilthey y este último a partir de Schleiermacher— y se refugia del *pánico* ante la desrealización *vivencial* del sujeto, en una u otra teoría (el hecho de que no haya un sujeto autoexistente y absolutamente verdadero no implica que quien hable sea el lenguaje mismo: no tenemos que llenar el vacío dejado por la ausencia del sujeto inventando nuevas ficciones, como la de un “lenguaje parlante” que sería el verdadero sujeto del discurso). En cambio, la línea genealógica de lo auténticamente postmoderno se encuentra en las tradiciones místicas no-dualistas y no-substancialistas que persiguen la recuperación de la visión mágica propia de la prehistoria, cuya esencia es la revelación mística de la totalidad (*Pan*) que desrealiza, en la *experiencia* del individuo, las substancias, los valores y al sujeto mismo.

A pesar de que el pensamiento genuinamente postmoderno rechaza la filosofía hermenéutica en cuestión, podría confundirse con esta última en la medida en que considera el lenguaje como totalidad y toma como ilusiones la oposición de sujeto y objeto y las abstracciones que el lenguaje hace posible —negando el supuesto cartesiano según el cual quien piensa, habla, escribe y actúa es un sujeto substancial no-espacial de quien dimanan pensamientos, palabras, escritos y acciones—. Sin embargo, lo genuinamente postmoderno no busca refugio: la

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

desrealización intelectual es la preparación para lograr que la posterior desrealización vivencial sea mística y no psicótica.

El pensamiento genuinamente postmoderno reconoce plenamente la crisis ecológica que constituye la realidad esencial de nuestra época: la destrucción irreversible de la biosfera y la descomposición y desintegración social, económica, política, moral, cultural, etc. Según el documento *A Blueprint for Survival*, producido en 1972 por *The Ecologist* y apoyado por los científicos más notables del Reino Unido y por organizaciones como The Conservation Society, Friends of the Earth, The Henry Doubleday Research Association, The Soil Association y Survival International:

“...si permitimos que persistan las tendencias imperantes, la ruptura de la sociedad y la destrucción irreversible de los sistemas que sostienen la vida en este planeta, posiblemente hacia el final del siglo, sin duda dentro de la vida de nuestros hijos, serán inevitables”.

Michel Bosquet (el lamentado André Gorz) advirtió hace varias décadas:

“...la humanidad necesitó treinta siglos para tomar impulso; le quedan treinta años para frenar antes del abismo”.

Arturo Eichler dijo que podría ser exagerado situar la destrucción total de los sistemas que sostienen la vida dentro de nuestro siglo, pero que sólo una transformación total *inmediata* podría *quizás* hacer posible que pasemos de la primera mitad del próximo siglo. Lester Brown, del Worldwatch Institute, afirmó en el Foro Global sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo para la Supervivencia:

“...para el año 2030, o bien habremos producido un sistema económico mundial ambientalmente sostenible, o habremos fracasado claramente y, mucho antes

de eso, la degradación ambiental y la ruina económica, alimentándose mutuamente, habrán llevado a la desintegración social”.

En octubre de 1997, 104 de los 138 ganadores de premios Nóbel de ciencias que todavía viven apremiaron al presidente Clinton para que ponga límites a las emisiones de gases de carbono de su país, advirtiendo que de otro modo la catástrofe será inminente. Y así sucesivamente.

El pensamiento auténticamente postmoderno reconoce que la crisis ecológica constituye la reducción al absurdo empírica de la delusión o el error humano básico que el budismo *mahayana* identifica como la segunda de las Cuatro Nobles Verdades del Buda¹⁰ y designa como *avidya* (ignorancia, desconocimiento, delusión, error, ocultación) —el cual implica la experiencia de los sujetos y los objetos como substancias y la consideración de los valores como absolutos—. Este error implica una visión y una mecánica invertidas: nuestro egoísmo conduce a la destrucción de nuestra persona; nuestros intentos por obtener beneficios nos hacen cada vez más infelices y conducen a nuestra ruina y exterminación —o bien nuestros intentos por transformar el mundo en paraíso hacen de él un infierno y nuestros intentos por derrotar a la muerte ocasionen nuestra autodestrucción—.

Dicho error —que se encuentra en la raíz del malestar humano— se habría ido desarrollando progresivamente durante la totalidad de la “evolución” y la historia humanas y, si hubiésemos de sobrevivir, ahora tendría que superarse junto con la historia misma y la totalidad de sus productos emocionales y conceptuales —aunque su más característico producto material, que es la tecnología, sólo tendría que transformarse, integrándose con el medio ambiente en vez de destruirlo—. Puesto que el desarrollo de la *avidya* hasta el grado actual constituye la raíz de la crisis ecológica, podríamos hablar de las Cuatro Nobles Verdades de dicha crisis.¹¹

En la raíz de la *avidya* yace la valorización delusoria del pensamiento: una actividad vibratoria del organismo, concentrada en el centro del pecho a la altura del corazón, que nos hace tomar los pensamientos discursivos como absolutamente verdaderos o falsos, confundir los pensamientos intuitivos con la realidad sensorial que ellos interpretan y creer que los pensamientos que la enseñanza dzogchén¹² llama “supersutiles” (por ejemplo, la dualidad sujeto-objeto) son algo dado y autoexistente. Puesto el pensamiento es por su naturaleza misma fragmentario,¹³ al confundir el mapa de pensamientos con lo *dado* —o sea, con lo que el mismo interpreta— experimentamos esto último como fragmentado: la valorización delusoria de la dualidad sujeto-objeto nos hace sentirnos separados del universo; la de nuestros pensamientos intuitivos nos hace percibir el continuo sensorial que aparece como objeto, como una multiplicidad de entes,¹⁴ y la de los pensamientos discursivos complica todo esto aún más al distinguir funciones, relaciones y así sucesivamente.

La visión fragmentaria que resulta de esto puede explicarse en términos de la historia oriental sobre los hombres y el elefante.¹⁵ Un grupo de hombres en la oscuridad intentaba determinar la identidad de un elefante. A ese fin, cada uno de ellos agarró una parte del paquidermo y llegó a una conclusión diferente sobre la identidad del mismo: el que tomó la trompa dijo que era una manguera; el que asió la oreja creyó que era un abanico; el que puso la mano sobre el lomo pensó que era un trono; el que abrazó una pata concluyó que era un pilar y, finalmente, el que agarró la cola la lanzó lejos de sí aterrorizado, pensando que era una serpiente.

La crisis ecológica es el resultado del manejo científico-tecnológico de este tipo de conocimiento fragmentario. Si representásemos el mundo con el elefante, podríamos decir que arrancamos la manguera, las orejas y el lomo para utilizarlos, y destruimos las patas y la cola para evitar hacernos daño con ellas en la oscuridad —y, así, destruimos el sistema

único del que somos parte y del que dependemos para nuestra supervivencia—. Incapaces de captar la unidad de la moneda de la vida, desarrollamos poderosos corrosivos para destruir el lado que consideramos indeseable —muerte, enfermedad, dolor, molestias, etc.— y conservar el lado que consideramos deseable —vida, salud, placer, confort, etc.—. Pero poniendo estos corrosivos sobre el lado de la moneda que queremos destruir, abrimos un hueco a través de la numisma destruyendo también el otro lado.¹⁶

Para las tradiciones no-dualistas y no-substancialistas en la línea genealógica de la auténtica postmodernidad, la “evolución” humana es un proceso de degeneración impulsado por el desarrollo paulatino del error llamado *avidya*. Este desarrollo se desenvuelve primero muy lentamente y luego cada vez más rápidamente hasta que, hacia el final de un ciclo cósmico, el error en cuestión alcanza un “nivel umbral” en el cual ha sido refutado empíricamente y, en consecuencia, puede ser superado.¹⁷ En nuestro ciclo, dicho desarrollo produjo el grado de fragmentación perceptiva y de ilusoria separatividad en la raíz del proyecto tecnológico de dominio de la naturaleza que desembocó en la crisis ecológica global, la cual demostró que en la base de todo proceder humano se encontraba el error en cuestión, reduciéndolo al absurdo al demostrar que no funcionaba. Esto ha hecho posible su superación y la consiguiente restitución de la perfección primordial.¹⁸

La fragmentación de la psiquis y la sociedad indivisas resultó en la aparición del mal sobre la tierra: perdida la visión holista que nos hacía sabernos parte de un único todo con el resto de los seres vivos y del universo, y cuidar de dicho todo como de nuestro propio cuerpo, nos identificarnos con un ego separado y limitado —y, como consecuencia de ello, surgió y comenzó a desarrollarse el egoísmo—. Este egoísmo dio lugar a la necesidad de regular la conducta humana, a fin de evitar que los impulsos que de él dimanaban den lugar a una batalla campal de todos contra todos en la cual cada uno trate de obtener para sí todo lo

deseable, aunque pueda hacer falta a los demás. La ilusión de “yo” y “lo mío” desembocará en la propiedad privada, mientras que la necesidad de regular la conducta humana generará, tanto en la psiquis como en la sociedad, las relaciones psicológicas de control y dominio que, a la larga, darían lugar al Estado en que unos predominan sobre otros.

En términos del *Libro del Génesis*, podríamos decir que error o *avidya* comenzó con el “pecado original”, que consiste en el juicio (en alemán *Urteil*) simbolizado como “comer del árbol del conocimiento del bien y del mal” y que resulta en la “partición originaria” (significado etimológico de *Urteil*), dando lugar a la “caída” que nos hace perder la armonía y la inocencia originales que caracterizan al Paraíso. El juicio escinde nuestra experiencia del *uni*-verso, y así da lugar a la fragmentación que caracteriza a nuestro estado “caído” —introduciendo con ello una “fisura” que nos separa de nosotros mismos y del resto del universo, de modo que nuestra absoluta plenitud nos elude—. En los Evangelios en lengua griega, la palabra que se traduce como “pecado” es *hamartía*, que quiere decir “error”: podríamos identificar el “pecado” con el error llamado *avidya*, cuyo eje es la valorización delusoria que nos hace sentirnos separados de la totalidad. Si entendemos el “pecado” de esta manera, su “castigo” será la “fisura” a la que me referí arriba y la profunda sensación de carencia que le es inherente.

El pensamiento auténticamente postmoderno nos conduce a superar el error en la raíz de la crisis ecológica y de todo malestar humano, el cual implica un substancialismo y la hipostación de un universo de valores. Esto no tiene nada que ver con los objetivos de la hermenéutica contemporánea, aunque la vertiente del nihilismo pseudopostmoderno desarrollada por Gianni Vattimo desarrolle y radicalice la propuesta de una superación de los valores y otras ideas nietzscheanas, intentando transformar el pensamiento hermenéutico heideggeriano en una panhermenéutica.

Vattimo nos dice:¹⁹

«Nihilismo significa en Nietzsche “desvalorización de los valores supremos” y fabulación del mundo: no hay hechos, sólo interpretaciones, y ésta es también una interpretación.»

Una filosofía que no sea mera pose o puro esteticismo debe responder a la realidad de su época y poseer una suprema utilidad práctica. La máxima realidad de nuestro tiempo, a la que debe responder la filosofía, es la crisis ecológica, y la utilidad práctica de dicha disciplina debe radicar en el intento por identificar y erradicar sus causas, desde la más profunda —la exacerbación moderna del error llamado *avidya*, con su visión y mecánica invertidas— hasta las más inmediatas —las desigualdades económicas, sociales y políticas, el proyecto de dominio de la naturaleza, el desarrollo de los tipos de tecnología más agresivos e insostenibles, la urbanización cancerosa, la degeneración cultural y así sucesivamente—.

Esto no lo hace el pensamiento pseudopostmoderno, que se regodea en propuestas que a primera vista pueden asemejarse a las que exige el momento histórico, pero que no hacen ningún aporte efectivo a la solución de nuestros problemas. Vattimo propone que se desvaloricen los valores supremos y se fabule el mundo, afirma que no hay hechos sino sólo interpretaciones y así sucesivamente, pero todo ello se queda en el plano intelectual propio del nihilismo de todos los tiempos. Lo que exige el momento histórico es que dirijamos efectivamente la mirada hacia los valores que siempre habíamos considerado absolutos y hacia los hechos y entes que siempre habíamos tomado como substanciales, a fin de desrealizarlos *vivencialmente*, descubriendo su vacuidad:²⁰ sólo “viendo a través” de nuestras ilusiones podremos descubrir la verdadera condición de nosotros mismos y del universo y, con ello, poner fin a la ilusión de un ego y, por ende, al egoísmo y todos los impulsos indeseables que de él dimanar.

*El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica
postmodernidad*

La espuria hipostación y absolutización del ser, el sujeto (que entonces se concibe como alma), la substancia y los valores son manifestaciones del error o *avidya*, y constituyen lo que el budismo *mahayana* designa como “eternalismo”. Actualmente es tan urgente poner fin a dicho error, que alrededor de la mitad de mi *Individuo, sociedad, ecosistema* está dedicada a combatir el eternalismo por medio de la desrealización intelectual del ser, el sujeto, la substancia y los valores. Con respecto al ser, en particular, he mostrado, no simplemente que el ser sea algo que “acaee” (en el sentido heideggeriano celebrado por Vattimo), ni que el ser no es eternidad, estabilidad y fuerza sino vida, maduración, nacimiento y muerte, sino algo mucho más radical y, al mismo tiempo, muchísimo más antiguo: que el ser constituye la manifestación más básica del error que los budistas llamaron *avidya*. Aunque Heidegger estaría en lo cierto al insistir en que el término ser tiene su “fuerza de nombrar” y que, en consecuencia, lo que el término indica constituye una concepción o un fenómeno efectivo, Nietzsche tendría razón al afirmar que se trata de un error: el fenómeno en cuestión sería la manifestación más básica del error llamado *avidya*.²¹

El último ensayo de la obra que acabo de mencionar está dedicado especialmente a la desrealización intelectual de los valores, que serían vacíos substitutos o sombras de las distintas cualidades propias de la condición primordial, surgidos como resultado de la ocultación de ésta y la consiguiente pérdida de sus cualidades naturales —pero que, en última instancia, producirían efectos contrarios a aquellos que se supone deberían producir—. Como señala en el *Tao-te-king* el sabio chino Lao-tse:

«Ocultado el *tao* (o condición primordial), queda la virtud (que le es inherente)²²;
diluida la virtud (inherente al *tao*), queda la bondad (natural);
perdida la bondad (natural), queda la justicia (deliberada);
perdida la justicia (deliberada), queda el rito (que es simulacro de justicia).»

Es debido a lo anterior que la desrealización intelectual del eternalismo sólo puede tener “utilidad vital” en tanto que cree conciencia de la necesidad de la desrealización *vivencial* del mismo y de la superación de la *avidya* en la desocultación de la gnosis primordial que hace patente la verdadera condición del universo. Entonces nos encontraremos en la condición primordial de espontaneidad (*tao*)²³ que beneficia naturalmente a todos los seres y al universo entero, pues la totalidad se habrá develado como nuestro propio cuerpo. En consecuencia, los valores se harán innecesarios.

Ahora bien, como señaló ya Nagarjuna en el siglo II d.C., más importante aún que desrealizar y destruir el eternalismo, es desrealizar y destruir el nihilismo. Este último es infinitamente más pernicioso que el primero, pues conserva todos los impulsos perjudiciales que dimanaban del egoísmo inherente a la *avidya* y de la hipostación y absolutización del ser, el sujeto, la substancia y los valores, pero en cambio se deshace de las barreras con las que el eternalismo había contenido la manifestación desenfrenada de los más dañinos entre los impulsos en cuestión.

Por largo tiempo la humanidad se aferró a conceptos y valores valorizados delusoriamente que se tomaron como algo absoluto, autoexistente y necesario. Bajo el pretexto de que ellos impulsarían un desarrollo que terminaría produciendo el paraíso terrenal por medio del perfeccionamiento de la modernidad, el Occidente moderno transformó en valores y en virtudes muchos de los que tradicionalmente se habían considerado como vicios: la obtención de riqueza personal, la usura, la explotación de los otros seres humanos y del resto de la naturaleza, el crecimiento de la infraestructura económica, el deseo de imponer a la naturaleza el orden concebido por el estrecho intelecto humano y así sucesivamente. Ahora bien, en las postrimerías de la modernidad en las que nos ha tocado vivir, el empeoramiento aparentemente irreversible de las condiciones de vida y la certeza (no importa cuán negada) del

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

carácter inminente de la catástrofe ecológica ha resultado en una desilusión generalizada con los ideales y valores de la modernidad y con todos los que los precedieron (que la modernidad ya había hecho objeto de burla). De allí los numerosos análisis nihilistas destinados a mostrar que los ideales y valores en su totalidad no son más que ficciones infantiles.

Este nihilismo es una manifestación más del aferramiento y la valorización delusoria que se desarrollan durante la totalidad de la “evolución” y la historia humanas, y que alcanzan su paroxismo en las postrimerías de la modernidad, completando su reducción al absurdo con la crisis ecológica. Pero lo que ahora es objeto del aferramiento y la valorización delusoria es la presencia de la ausencia del carácter supuestamente absoluto, autoexistente y/o necesario de algunos conceptos y de todos los valores —lo cual, como hemos visto, hace del error algo mucho más pernicioso. En consecuencia, Nietzsche estaba en lo cierto cuando, considerando el nihilismo como una amenaza, afirmó que éste constituía el término final de un desarrollo histórico sin salida.

Es increíble que en una época cuando la explotación del mal llamado “medio ambiente” y de los otros seres humanos nos ha llevado al borde de nuestra autodestrucción, cuando se multiplican los genocidios y todas las aberraciones concebibles, de modo que hasta los niños horrorizan a los adultos cometiendo los crímenes más espantosos, toda una fauna pseudopostmoderna insista en mantener que las condiciones para la plena manifestación del nihilismo “positivo” que exigió y que trató de impulsar Nietzsche ya se han realizado, de modo que finalmente podemos dejar a un lado los valores tradicionales sin remplazarlos por otros.

Esto último podrá tener lugar en la auténtica postmodernidad, pues, como hemos visto, ésta sólo puede resultar de la superación de la *avidya* que se desarrolló durante la totalidad de la evolución y la

historia humanas. Al no creernos egos separados, se habrá superado el egoísmo en la raíz de todas las injusticias y los conflictos, y cuidaremos de la totalidad del universo y de los seres vivos como de nuestro propio cuerpo; superada la mecánica invertida que hace que con nuestros actos logremos lo contrario de lo que nos proponíamos obtener, no será ya posible ocasionar nuestra desgracia intentando lograr egoístamente nuestro propio bien, ni tampoco “pavimentar con buenas intenciones la vía a los infiernos”. La verdadera salud del individuo humano — condición de posibilidad de la recuperación de la salud por la sociedad y el ecosistema— consiste en la superación del error o *avidya*.

Se ha dicho que el pensamiento hermenéutico mal llamado “postmoderno” se encuentra en simpatía con el *Zeitgeist*, pues de otra manera no se explicaría que éste se haya constituido en *koiné*. Yo creo, más bien, que este último hecho se explica porque el pensamiento pseudopostmoderno es una caricatura del pensamiento que el *Zeitgeist* reclama, que sería el auténticamente postmoderno que he estado esbozando. En efecto, ahora que el error que desarrolló paulatinamente con la evolución y la historia humanas ha alcanzado su reducción al absurdo en la crisis ecológica, dicho error y su más básica manifestación, que es el fenómeno de ser, tienen que superarse. Y aunque esta superación implique el fin del aferramiento a todo mapa y de la confusión de todo mapa con el territorio, para lograrla necesitamos mapas conceptuales como los de las antiguas tradiciones de pensamiento y mística no-dualista y no-substancialista que nos muestren la vía a seguir.

Entre las tesis vacías del pseudopostmodernismo habría que incluir también las de Jacques Derrida (que incluyen irrelevancias tales como la “anterioridad del texto con respecto al discurso” o la exhortación a lograr una superación meramente intelectual de la “metafísica de la presencia”), las cuales, a través de Stanley Fish y otros, han generado el movimiento “Politically Correct” —el cual exige que se respete por

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

igual a libertarios y nazis, pacifistas y belicistas, igualitaristas y casteístas, ecologistas y contaminadores, revolucionarios y explotadores, budistas y satanistas—. El verdadero respeto de las diferencias no podría jamás surgir de la mente escindida que contrapone con todas sus fuerzas el “nosotros” al “ellos”, independientemente de que a dicha mente se le imponga o no un culto a la *différence*; sólo la desocultación de la gnosis primordial que devela la esencia o naturaleza común de todos los individuos y todos los entes, y la concomitante superación de la sobrevaluación del pensamiento que nos hace cargar con gran intensidad emocional las diferencias y las identidades que proyectamos sobre lo *dado*, podrá poner fin al tipo de dinámica en la base de la inquisición, del holocausto, del apartheid y así sucesivamente.²⁴

En términos de la “espiral de simulaciones” de Ronald Laing que he citado en *Individuo, sociedad, ecosistema* y otros trabajos (y que aquí cito en el texto de la nota que sigue), el pensamiento pseudopostmoderno se encontraría en el punto A1 con respecto al punto A constituido por el pensamiento que el *Zeitgeist* reclama.²⁵ Como señala Laing, A y A1 están “tan cerca y no obstante tan lejos”. Están tan cerca que uno dice “¿no es A1 tan bueno como A, si es indistinguible de A?”. O, más bien, cree que A1 es en verdad A.

El pensamiento que el *Zeitgeist* reclama está infinitamente alejado de los desarrollados por todos los llamados “postmodernos”, pues quienes usan esta etiqueta —y esto incluye a pseudopostmodernos “de izquierda” tales como Laclau y Mouffe (con su insuficiente ideal de una “democracia radical”), Jameson (para quien la era postmoderna comenzó en la década de los 50) e incluso Harvey (a pesar de su acertada tesis de la compresión de espaciotiempo)— siguen pensando dentro de las estructuras delusorias que desembocaron en la modernidad, y porque, si lo moderno constituye la etapa final de la historia, sólo podrá ser genuinamente postmoderno lo que sea

auténticamente posthistórico —y lo posthistórico implica la superación de la *avidya*, cuyo desarrollo ha constituido la evolución y la historia humanas—.

Para concluir, reproduzco el diálogo que, poco después de la aparición de mi obra *Individuo, sociedad, ecosistema*, tuve acerca de ella con el licenciado Ramón Márquez, quien entonces trabajaba para la casa editora del libro, que fue el Consejo de Publicaciones de la ULA. El mismo reitera algunas de las ideas que ya se han expuesto en esta ponencia y responde de antemano a algunas de las críticas que les harían los pseudopostmodernistas:

Ramón Márquez: «Cuando leemos a Elías Capriles, sobre todo a partir de su obra más reciente, *Individuo, sociedad, ecosistema*, del Consejo de Publicaciones de la Universidad de Los Andes, no podemos dejar de pensar en esa escritura inspirada en la utopía, en las totalidades inconclusas, propias del pensamiento iluminista que recibe, hoy por hoy, y desde el ángulo postmoderno, severas críticas.

Elías Capriles: «La "salida" que propongo, y que llamas "utopía", representa una posibilidad de supervivencia de la especie humana. Y, como señala Jonathan Schell, "si es utópico sobrevivir, entonces debe ser realista estar muerto".

«El iluminismo difundió el mito del progreso como mejoramiento constante; la generalización de la educación, el desarrollo de las ciencias y la tecnología, terminarían produciendo un nuevo paraíso terrenal. Pero lo que han producido es una crisis ecológica que, según los expertos, podría poner fin a la vida sobre el planeta antes de la mitad del próximo siglo.

«En la base del proyecto moderno se encontraba una percepción fragmentaria; se percibía que ciertos insectos producían enfermedades o dañaban los cultivos e, ignorando que la vida es una red de interconexiones en la cual cada especie depende de la de las demás, se desarrollaban armas para destruir la especie que parecía crear problemas. Así se produjo la crisis ecológica.

«En el sistema de Hegel, cada posición (tesis) engendra una negación (antítesis), las cuales luego se unifican (síntesis), transformándose en una tesis más plena y verdadera que la anterior: la evolución y la historia humanas son un incremento constante de plenitud y verdad. Lo cierto es lo contrario: cada vez hay mayor fragmentación y el error/delusión está más desarrollado. Los indios americanos sabían cómo mantener el equilibrio ecológico —en miles de años jamás interfirieron con él significativamente y, por el contrario, lograban corregir los desequilibrios que se iban produciendo— porque estaban menos "evolucionados" —o sea, menos degenerados— que nosotros. Para el jefe Seattle "...la tierra no pertenece al hombre; el hombre pertenece a la tierra. Esto sabemos, todo va enlazado... Todo lo que le ocurra a la tierra les ocurrirá a los hijos de la tierra. El hombre no tejó la trama de la vida; él es sólo un hilo.

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

Lo que hace con la trama se lo hace a sí mismo." En consecuencia, ante la actitud de los europeos, predijo que "el apetito (de los europeos) devorará la tierra dejando atrás sólo un desierto"; que (los europeos) "caminarán hacia su destrucción rodeados de gloria".

«La totalidad hacia la que, según Hegel, marchábamos, era una totalidad conceptual. Pero el concepto, en la medida en que se define por su contrario, siempre debe excluir algo: la totalidad conceptual es espuria. La "espiral de simulaciones" de Laing, reproducida en mi libro *Individuo - sociedad - ecosistema*, explica cómo uno puede ocultar una condición originaria — tal como la verdadera totalidad no-conceptual— por medio de una simulación, y luego ocultar esta ocultación *simulando* haber retornado a la condición originaria —en este caso, creando una espuria totalidad conceptual—. Nuestra verdadera totalidad y la totalidad espuria, "están separadas por una barrera impermeable que es más delgada y transparente de lo que uno puede imaginar". La totalidad espuria del concepto es lo fragmentario disfrazado de totalidad.

«La historia es el desarrollo de un error constituido por la valorización/absolutización delusoria [del pensamiento] —el cual, aunque es relativo, es entonces considerado absoluto y experimentado como tal—. Debemos superar la errónea e ilusoria creencia según la cual la fragmentación inherente [al pensamiento] pueda dar lugar a una totalidad. Y si bien la etapa que siga al final de la historia será muy similar al comunismo de Marx, dicha condición no será lograda por el desarrollo gradual de la plenitud y de la verdad. A la larga, el desarrollo de la fragmentación y el error conduce a la reducción al absurdo de éstos, lo cual nos lleva a su superación. El error del iluminismo, de Hegel y de Marx, no era, pues, que el proyecto moderno condujese a una condición de perfección, sino la concepción de la forma en que lo haría. Lo moderno no es el desarrollo gradual de la perfección, sino de la imperfección, que al hacerse insostenible nos obligará a superarla. Pero ese desarrollo sólo era posible si se creía — como lo hicieron los iluministas— que lo que se estaba desarrollando era la perfección.

«La crisis ecológica no ha reducido al absurdo la plenitud y la verdad, sino la fragmentación: ella produjo la crisis que amenaza con destruirnos y ha sido refutada por dicha crisis, que nos obliga a superarla —lo cual sólo podrá lograrse mediante una transformación de la experiencia como la que persiguen distintas formas de budismo y taoísmo, así como de hinduismo, sufismo, cristianismo, esoterismo "occidental" no-cristiano, etc.—.

Ramón Márquez: «Partiendo de una antítesis, propones como única salida frente al estado de descomposición social, cultural y psicológica, así como frente a la degradación ambiental, una suerte de *antisistema filosófico global* llamado a construir un "pensamiento planetario" transformador de la sociedad y el individuo. ¿No se tratará de un discursito más, de una retórica similar a la instaurada por el pensamiento de la ilustración y la metafísica, tan criticada por el postmodernismo —sólo que donde dice "ser", el antisistema dice "uno"; donde se habla de "universal", el antisistema pone "planetario"; donde aparece dualidad, el antisistema la sustituye por "unidad de los contrarios"—?

Elías Capriles: «"Antisistema" significa que hay un sistema, pero que su función es conducirnos más allá de la creencia en el carácter absoluto de los sistemas conceptuales, sean éstos holísticos o fragmentarios. La mayoría de los postmodernistas siguen creyendo en la realidad de los fantasmas conceptuales, aunque insistan en que éstos deben ser fragmentarios, hermenéuticos, críticos de la razón, o meras antítesis. Mi libro no propone una antítesis como verdad, ni afirma que sea una solución adoptar un sistema de ideas y seguirlo; por el contrario,

nos advierte contra tomar cualquier sistema de ideas como un absoluto y nos insta a superar la valorización/absolutización delusoria de los conceptos —"ser" o "uno", "universal" o "planetario", "dualidad" o "unidad de los contrarios"—. En él se rechaza la filosofía de Shankara justamente por postular lo Uno como *absoluto*, cuando lo uno es en verdad *relativo* a lo múltiple, a lo dual y a la nada.

«Sin embargo, son planteamientos como el mío los que son genuinamente postmodernos; los de la mayoría de quienes se autodenominan "postmodernos" son lo que, en base a Sorel y Berth, Reszler llamó "el último respingo de lo *antiguo* en vías de disolución" y que Alexander Roa, el compilador costarricense del libro *El búho y los gorriones*, llama «*lo nuevo*, entendido como desarrollo de *lo mismo*.»

«Debería llamarse "postmoderno" sólo a lo que supera la creencia en que la meta de la historia es el perfeccionamiento de la modernidad, que permitiría la superación de los males liberados por Pandora como resultado del inacabado proyecto prometeico de la modernidad. Lo postmoderno debe superar lo que se ha ido desarrollando durante el proceso evolutivo de la humanidad, así como la idea de progreso, la moda, la validación de la sociedad industrial y del capitalismo. Es lo contrario de lo que hace Fukuyama, publicista del Departamento de Estado estadounidense, al dar al concepto de "fin de la historia" el sentido de "acabamiento de la evolución ideológica humana y desaparición de alternativas al liberalismo capitalista".

«El verdadero postmodernismo es el que anunció Marcuse en una conferencia en la Universidad Libre de Berlín de julio del 67, en la que decía que las nuevas posibilidades de una sociedad humana y de su mundo circundante no son ya imaginables como continuación de las viejas, no se pueden representar en el mismo continuo histórico, sino que presuponen una ruptura precisamente con el continuo histórico. Es la tesis de la superación de lo humano concebida de distintas maneras por Nietzsche, Aurobindo, Teilhard de Chardin, Foucault. O del fin del tiempo que, según el *Tantra Kalachakra* y otros textos orientales, tendrá lugar al completarse el actual ciclo evolutivo —y del cual habla también (aunque en un sentido aparentemente más restringido) un Baudrillard—.

«Las posibilidades futuras de la sociedad no corresponden a la muerte de las utopías, sino a la transformación de éstas en "entopías". Sólo el *Newspeak* de un publicista del sistema puede asociar el concepto de "fin de la historia" al liberalismo capitalista que surgió durante el desenvolvimiento del continuo histórico y que corresponde a una de sus etapas, y entender este "fin" como eternalización de la etapa histórica en cuestión.

«La sociedad postmoderna por venir tendrá tecnología, pero ésta se integrará con el medio ambiente en vez de destruirlo. En ella se habrán superado el capitalismo, la propiedad, la explotación, las diferencias sociales y la economía de la gran industria. Si todo ello no es superado, la humanidad llegará a su fin.

Ramón Márquez: «Uno siente que en este mundo no hay un "Uno". "Unica" se consideró la raza aria y ya sabemos todos donde paró el experimento. ¿Por qué no pensar y aceptar la diversidad, la condición fragmentaria de la vida y de los hombres? Somos pequeños ante cosas que son mucho más grandes, y grandes, inmensamente grandes, ante cosas ínfimas y pequeñas. Si hasta ahora ella ha sido inalcanzable, ¿cuál es la paranoia de la totalidad o globalidad?

Elías Capriles: «No es cierto que nunca hayamos vivido en la globalidad, ni tampoco que la globalidad excluya la diversidad: hay una "uni-versidad". Los seres humanos primigenios

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

vivieron en la totalidad, pero ésta fue ocultada por el desarrollo de la fragmentación de la conciencia. Esa condición primigenia era todo lo contrario del totalitarismo: era el comunismo ácrata primitivo, sin Estado, ni gobierno, ni propiedad, ni familia exclusiva y excluyente.

«Aunque la raíz de la palabra "totalitarismo" es "totalidad", el totalitarismo es el resultado de intentar imponer desde arriba una falsa totalidad: una totalidad conceptual que es fragmentación disfrazada de totalidad. Lo que la crisis ecológica ha reducido al absurdo es la fragmentación, indiferentemente de que ésta se muestre como tal o se disfrace de totalidad.

«La paranoia no es holista; la paranoia —que para Stan Grof parte de una MPB 2: el canal de parto está bloqueado, lo cual implica fragmentación— la desatan los dictadores frente al Otro a fin de manipular a las masas e imponer la falsa totalidad del fascio. Ella surge precisamente del *pán*-ico ante la totalidad que se manifiesta cuando ésta es captada gracias a la *pan*-oramificación de la conciencia. Como señala Elémire Zolla, "*Pan* produce *pán*-ico, y cada comunidad está fundada sobre el *pán*-ico oculto en toda reunión, hasta la más solemne".

Ramón Márquez: «En *Individuo, sociedad, ecosistema*, usted ilustra lo que ha sido la práctica de la filosofía y la ciencia en Occidente —fragmentaria y adivinadora— con el relato oriental sobre los hombres y el elefante. Un grupo de hombres, bajo la más absoluta oscuridad, empiezan a adivinar qué tipo de objeto es aquél que tocan. Uno agarra la trompa e infiere que es una manguera; el que toca la oreja, piensa que se trata de un abanico, y así el resto... hasta que quien agarra la cola suelta un grito pensando que se trata de una serpiente. ¿Qué otra cosa se puede hacer actuando a tientas, a oscuras? Entonces ¿es nuestra sociedad una farsa?

Elías Capriles: «... Seremos como esos hombres hasta que, simultáneamente en la psiquis y en la sociedad, logremos la transformación que propugno. Aunque muchos la han intentado en su propia psiquis y obtenido resultados efectivos, la mayoría de los humanos siguió adelante con el desarrollo del error —lo cual hizo posible que éste alcanzara su reducción al absurdo en la crisis ecológica—. Gracias a ello, ahora la transformación se hará posible a escala universal —o, de otro modo, la vida en el planeta llegará a su fin—.

Ramón Márquez: «En su libro *Gaia* (1974), el reconocido padre de la ecología, James Lovelock, sacudió muchas de las charlatanerías que se arguyen contra la cultura occidental y el progreso. Para él los ecologistas "tienen el corazón bien puesto pero la cabeza mal hecha", y no tiene sentido andar mortificándose por los problemas más superficiales del medio ambiente. La contaminación es un fenómeno natural, insignificante para la marcha y armonía universal....

Elías Capriles: «¿Soy yo el que conserva el proyecto moderno al postular el "final feliz" de la historia que llamas "utopía"? ¿No lo conservan más bien quienes defienden la ilusión de viabilidad del proyecto tecnológico-industrial de dominio de la naturaleza que nos ha conducido al borde de nuestra extinción y que constituye la esencia misma del "modernismo"? Insultar a los demás y meter en un solo saco a personas de innumerables tendencias y capacidades, ha sido una táctica de muchos publicistas del sistema imperante. Hay que impedir que la gente vea la crisis, a fin de evitar que se haga algo para remediarla y así mantener los privilegios de unos pocos hasta que, en poco tiempo, la vida llegue a su fin.

«[Lovelock no es el padre de la ecología, ni es reconocido por nadie como tal. En tanto que ciencia moderna, la ecología se desarrolló desde que, en 1869, Haeckel acuñó el

término para designar el estudio de la interrelación de las formas de vida entre sí y con el medio inanimado circundante. Ahora bien, en tanto que cosmovisión, sabiduría y forma de vida, la ecología es muchísimo más antigua; como señala Arturo Eichler en el prefacio a mi *Individuo, sociedad, ecosistema*, "...en el sentido empírico, de observación y experiencia de la vida, encontramos, en diversas filosofías antiguas, como en el taoísmo y el budismo, o en las enseñanzas Gaia de la civilización griega y aun en la ciencia medieval antes del 1.500, conceptos sobre la naturaleza como sistema orgánico con todos sus elementos y el hombre integrados a un cosmos coherente y unitario"—. Este tipo de cosmovisión corresponde a lo que el pensador noruego Arne Naess designó como "ecología profunda": un pensamiento que identifica las causas profundas de la crisis e intenta erradicarlas por medio de una transformación radical de la psiquis, la sociedad, la economía, la política, la tecnología y la cultura —el cual, en consecuencia, debe ser contrastado, no sólo con la ecología en tanto que ciencia moderna, sino también con el "mero ambientalismo", que intenta conservar las estructuras actuales en todos los ámbitos mencionados, haciéndonos creer que la crisis ecológica se solucionará si se siembran algunos arbolitos y los individuos no botan basura en las calles—.²⁶

«[Ahora bien, en tanto que ciencia moderna, la ecología se desarrolló tanto desde sus orígenes, que ya era considerada como una disciplina de la mayor importancia para el momento cuando Lovelock inventó su microdetector de sustancias contaminantes —el cual, siendo más pequeño que una caja de fósforos, ha hecho posible muchas de las denuncias que han impulsado el ecologismo como movimiento militante—. Y dicha ciencia estaba todavía un poco más desarrollada cuando el mismo personaje produjo la hipótesis Gaia, según la cual el planeta funciona como un organismo autorregulante (en la terminología de Varela y Maturana, podríamos decir autopoietico)—.

«[Lovelock ha ilustrado esta supuesta forma de funcionar de nuestro planeta con el modelo del "mundo de las margaritas", cuya flora consiste en dos colores diferentes de las flores en cuestión: las blancas, que reflejan la luz y por ende el calor, haciéndolo regresar al espacio, y negras, las cuales absorben la luz y el calor. Según el modelo en cuestión, si el sol comienza a emitir más calor, espontáneamente el número de margaritas blancas aumentará y el de las negras disminuirá, haciendo que el clima se mantenga como antes. Aunque nuestro mundo es muchísimo más complejo que el del modelo, funcionaría de manera similar. Por ejemplo, cuando aumenta la temperatura, las bacterias del suelo trabajan con mayor velocidad, acelerando el efecto de la intemperie sobre las rocas. Este efecto hace que el dióxido de carbono de la atmósfera —quizás el principal de los gases invernadero— vaya reaccionando químicamente con las rocas que contienen silicatos y, en consecuencia, se vaya absorbiendo en ellas. Cuando el efecto de la intemperie sobre dichas rocas aumenta, la reacción química extrae de la atmósfera un mayor volumen de dicho gas, enfriando el medio ambiente. Otro mecanismo de control del clima atmosférico está constituido por el fitoplankton de los océanos, responsable por la formación de las nubes que, cuando están presentes, reflejan hacia el espacio exterior gran parte del calor del sol.

«[Lovelock ha ilustrado la efectividad de tales "termostatos" señalando que, durante un período en que el sol emitió alrededor de un 25% más de calor que el que normalmente emite, gracias a ellos el mundo mantuvo su promedio habitual de temperatura. Sin embargo, en la entrevista a Lovelock publicada en *The Guardian Weekly* del 9 de noviembre de 1997, dicho autor reconoció que, a pesar de lo anterior, el mundo no podría tener tiempo de adaptarse a

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

tiempo a los crecientes niveles de polución introducidos ininterrumpidamente por la tecnología actual —y, en particular, que aunque pudo mantener su homeostasis cuando el sol emitió un 25% más de calor, no podría bajo ningún respecto hacerlo ahora, cuando estamos produciendo niveles astronómicos de “gases invernadero”—.]

«[De hecho,] según el documento *A Blueprint for Survival*, producido en 1972 por *The Ecologist* y apoyado en un documento por los científicos más notables del Reino Unido y por organizaciones como The Conservation Society, Friends of the Earth, The Henry Doubleday Research Association, The Soil Association y Survival International, "...si permitimos que persistan las tendencias imperantes, la ruptura de la sociedad y la destrucción irreversible de los sistemas que sostienen la vida en este planeta, posiblemente hacia el final del siglo, sin duda dentro de la vida de nuestros hijos, serán inevitables". Michel Bosquet advertía hace varias décadas que: "...la humanidad necesitó treinta siglos para tomar impulso; le quedan treinta años para frenar antes del abismo". Arturo Eichler dijo que podría ser exagerado situar la destrucción total de los sistemas que sostienen la vida dentro de nuestro siglo, pero que sólo una transformación total *inmediata* podría *quizás* hacer posible que pasemos de la primera mitad del próximo siglo. Lester Brown, del Worldwatch Institute, afirmó en el Foro Global sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo para la Supervivencia: "...para el año 2030, o bien habremos producido un sistema económico mundial ambientalmente sostenible, o habremos fracasado claramente y, mucho antes de eso, la degradación ambiental y la ruina económica, alimentándose mutuamente, habrán llevado a la desintegración social".(En octubre de 1997, 104 de los 138 ganadores de premios Nóbel de ciencias que todavía viven apremiaron al presidente Clinton para que ponga límites a las emisiones de gases de carbono de su país, advirtiendo que de otro modo la catástrofe será inminente; los 3.000 científicos de la comisión de la ONU insistieron en que sólo una reducción del 60% de los gases de carbono producidos actualmente por la tecnología podría impedir que el clima siguiese cambiando peligrosamente hacia el desastre, e incluso el director del medio ambiente en el Banco Mundial, Dr. Bob Watson, afirmó ese mismo mes que “Estamos acercándonos al punto en el cual los sistemas biológicos de la Tierra no serán capaces de responder a nuestra demanda por los bienes y servicios de los que dependemos”).)

Ramón Márquez: «Lovelock dice en *Los verdaderos pensadores de nuestro tiempo*, de Guy Sorman, que no hay nada más contaminante que un rebaño de vacas, que produce más residuos y gases tóxicos que cualquier fábrica... ¿tendríamos que desaparecer de la faz de la tierra a las pobres vacas... o acabar con los arrozales que por su gas metano son mucho más nocivos para la capa de ozono que los clorofluorocarbonos de los aerosoles?

Elías Capriles: «Siempre hubo rebaños de vacas y arrozales, pero la capa de ozono se conservaba. En las últimas décadas ella se ha deteriorado a tal grado como consecuencia de la contaminación, que en Patagonia las ovejas están ciegas. (En 1997 se descubrieron huecos en la capa de ozono a los dos lados de los Urales, y ya en 1995 se había determinado que en la latitud de Montreal y San Petersburgo la capa de ozono se había reducido en más de un 9%.) Se prevé que la radiación ultravioleta destruirá el plancton vegetal del que depende la vida marítima —y, a más largo plazo, los ecosistemas de la superficie— y que los mamíferos perderán la vista y desarrollarán cáncer de la piel (el cual ya está creciendo de manera exponencial). Esto nunca sucedió antes, a pesar de todas las vacas, los arrozales y las termitas. Es

cuando a los gases producidos por éstos se agregan los producidos por la industria (*muchas veces* más voluminosos), que la capa de ozono se deteriora rápidamente, en progresión geométrica.

Ramón Márquez: «Hay una crítica tremenda al producto intelectual de las academias, como si las universidades no tuviesen respuesta para las complejidades irresolutas que sacuden a la humanidad. Para muchos el proyecto de la modernidad, tal como se lo concibe desde la ilustración europea, está agotado, no sirve para nada; otros, en cambio, sostienen que existe una modernidad inconclusa (Habermas); que la tarea es repensar la modernidad a partir de una nueva crítica (Alain Tourain), etc. etc. ¿En qué paradigma totalizante inscribir tus respuestas?

Elías Capriles: «"Se hace camino al andar"; mi camino parte tanto de las "vías de liberación individual" del Oriente como de la aspiración a la liberación social del pensamiento libertario de Occidente —y recoge, para criticarlos, los paradigmas y sistemas que han imperado en este lado del mundo—. Yo abandoné la universidad y pasé dos años en Europa y diez en Asia, precisamente a causa de la convicción de que no era de la academia ni del intelecto que obtendría mis respuestas. Después de hallar la *uni*-versidad en mi propia experiencia, trabajo en una universidad, pero mis propuestas provienen de haber seguido mi propio camino.

«El pensamiento de Habermas conserva la esencia del proyecto moderno en mayor medida que los de casi todos los otros autores que se ocupan del tema. Mi crítica a este autor es demasiado extensa para este artículo; parte de ella aparece en el libro al que nos hemos estado refiriendo.»

Para terminar, cito las palabras de Mayda Hocevar en “La evaporación del sujeto y la Postmodernidad” (1996):²⁷

«El postmodernismo, en tanto que denuncia el agotamiento del paradigma o *episteme* de la modernidad, debería proponer, también, la superación de lo que ha sido lo humano desde el comienzo mismo de la historia. Y es hacia estos caminos hacia los que quisiera dirigirme. La última etapa de lo humano es el *episteme* que lo ha conducido a su reducción al absurdo. No basta con superar este *episteme*; es necesario superar la totalidad de lo humano, constituido en el momento en el que nos pusimos las máscaras de Apolo (cubriendo el no-rostro de Dionisos). No hay vuelta atrás; no tendría sentido regresar al momento inmediatamente anterior a la aparición del *episteme* que Foucault nos insta a superar. No puede haber vuelta atrás, pues tarde o temprano estaríamos de nuevo en el mismo lugar.

«Más que un ejercicio conceptual y mental, más que un discurso cuya pretensión de novedad yace en un cambio de palabras pero cuyas estructuras permanecen las mismas, la gestación de lo suprahumano es un trabajo de praxis individual y social, de experiencia de vida. Una de las notas más marcadas del humano de la modernidad y de todos sus hijos ha sido una prepotente y asquerosa arrogancia (reflejada en muchas de las declaraciones del propio Nietzsche), pero, desde lo profundo de esa arrogancia y de todas sus construcciones, se está gestando un huracán demoledor. Es la alternativa —nada más y nada menos— que de la supervivencia como especie en este lugar llamado Tierra. Es la alternativa que supone un

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

individuo más pasivo, más contemplativo, más hedonista, menos pobre. Es la alternativa que supone una sociedad igualitaria en la pluralidad.»

Y, en una nota inédita, la misma autora agrega:

«Y aquí, creo necesario referirme a algunas de las tesis postmodernistas cuya sensualidad y belleza tienden en un primer momento a embelesarme, pero que luego, cuando me muestran el otro filo de la navaja, me sacuden con furia:

«1. La no pretensión del postmodernismo de creerse poseedor de la verdad: la humildad postmoderna. Yo me pregunto ¿dónde están esos humanos de la postmodernidad?

«2. El relativismo sin referencia a un absoluto, para el cual el totalitarismo tendría que ser igual a la libertad, el dolor a la felicidad, la vida a la muerte. ¿Dónde están los individuos para quienes los unos y los otros sean iguales?

«3. El postmodernismo como conjunto de *criterios* alternativos frente a la modernidad, pero rechazando una toma de posición definida, en lo político, lo social y lo individual. ¿Para qué serviría un “postmodernismo” que deje todo igual?.

«4. El prescindir del sentido y de procurar una legitimación verdadera y justa a las acciones. Esto sólo puede ser posible cuando para mí sea igual comer que no comer.

«5. El rechazo de pautas axiológicas unívocas, sin una praxis que las haga innecesarias.

«6. El discurso de rechazo de las ideologías, cuando dicho discurso constituye una ideología de la inacción y el conformismo frente a la situación actual. ¿No son valores “postmodernos” tales como el ocio, el hedonismo y así sucesivamente, elementos de otra ideología?

«7. El reconocimiento de que soy una entre muchos, con mi sistema de valores, mi lengua, mis creencias, no es suficiente para garantizar el respeto y la tolerancia. Por encima de este reconocimiento de las diferencias tiene que haber de parte de *todos* un reconocimiento *válido para todos* de nuestra naturaleza común. ¿Qué sentido tendría el respeto igual hacia todas las posiciones y formas de ser, en una sociedad que en la práctica está basada en el beneficio de unos a costa de los otros, en la explotación de unos por otros?»

Sólo la disolución del error humano básico hará posible la superación de la crisis ecológica y el restablecimiento de la plenitud propia de la vivencia desnuda de la condición primordial.

El iluminismo reemplazó el mito de la perfección anterior a la historia por el nuevo mito del progreso como vía para la construcción de un futuro paraíso de la modernidad. Ahora que dicho mito ha sido desenmascarado, revelado como tal y reducido al absurdo por la crisis ecológica total, que no se había desarrollado en el período romántico,

nuestra tarea no radica en oponer mito y razón, glorificando el primero y condenando la segunda, pues el uno y la otra son etapas en el desarrollo de la ocultación y del error-delusión que le es concomitante. Lo que tenemos que hacer es una hermenéutica metaontológica del desarrollo del error-delusión y una arqueología de la evolución degenerativa del pensamiento: en una primera etapa, el desarrollo del tipo de pensamiento asociado principalmente a lo que Freud designó como proceso primario resulta en la distorsión constituida por la valorización/absolutización delusoria del pensamiento mítico; luego, en una segunda etapa, el desarrollo del tipo de pensamiento asociado principalmente a lo que Freud designó como proceso secundario provoca la distorsión constituida por la valorización/absolutización delusoria de ese tipo de pensamiento que de manera incorrecta designamos como “racional” (conceptos todos éstos que se explicarán más adelante). Una vez dada esta segunda etapa, Pascal podrá afirmar que el corazón tiene razones que la razón no conoce, pero sería más correcto decir que el tipo de racionalidad característico del proceso secundario, al hacerse filtro y juez de toda experiencia, es incapaz de entender o percibir siquiera la racionalidad del proceso primario. Y cuando este desarrollo aberrante se ha consumado, puesto que en el proceso primario no existen los negativos, no hay manera de ponerle coto por medio de la acción intencional y consciente: dicho desarrollo debe alcanzar su reducción al absurdo y, gracias a la acción catalizadora de la auténtica sabiduría metaontológica, romperse por sí mismo junto con la historia y la temporalidad misma. Sólo entonces entraremos en la genuina postmodernidad, que será el resultado de la superación de todo lo que se fue desarrollando en el proceso de evolución e historia humanas que culmina con la modernidad.

¹El carácter “intemporal” de esta vivencia correspondería a lo que el zurvanismo original habría designado como Espacio Infinito, Ilimitado o Total; su carácter panorámico correspondería a lo que el zurvanismo original habría designado como Tiempo Infinito, Ilimitado o Total. Ambos caracteres habrían sido aspectos indivisibles de Zurván, que habría sido el término con el que el zurvanismo más antiguo designó el Total Espaciotiempo.

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

Aunque por lo general se ha entendido el término Zurván como “tiempo infinito”, un texto de Eudemo de Rodas que nos informa sobre las creencias zurvanistas de su tiempo, preservado en los escritos del filósofo griego Damacio (453 d.C.-circa 533), nos permite inferir que, antes de que Zurván se transformase en deidad supramundana, el término había indicado la dimensión vivencial en la que el espaciotiempo es ilimitado, infinito o total.

En el zurvanismo de la época de Eudemo de Rodas, el dios supremo era Zurván, dios del tiempo y del destino, también llamado “espacio” (en pahlavi, *swash*, ó *spihr*, y *zaman*): él es la personificación divinizada del tiempo infinito y el espacio indiviso. Este tiempo infinito representado por Zurván se disgrega cuando aparecen las dos potencias correspondientes al bien y el mal que en el zoroastrismo —una doctrina *sumamente* posterior al zurvanismo— constituirán los dioses en pugna: el del bien que es Ormuz (o Ahura Mazda) y el del mal que es Ahrimán (ó Aingra Mainyú). Ahora bien, el trabajo de Damacio nos muestra que originalmente —o sea, en el antiguo zurvanismo— Ahrimán no era un dios del mal que poseyese el mismo rango que Ormuz aunque tuviese el signo contrario, sino un simple demonio (si bien es la figura principal entre los demonios). Como ya vimos, en el zurvanismo original, parece que la vivencia del Todo indiviso haya sido Zurván, que era espaciotiempo igualmente indiviso, el cual se disgrega cuando se separan el espacio y el tiempo, el bien y el mal, lo masculino y lo femenino y así sucesivamente, y con ello el tiempo se divide en una sucesión de momentos y el espacio en una pluralidad de lugares —con lo cual a su vez puede aparecer la pluralidad de entes e individuos—.

En *De Iside et Osiride*, Plutarco recogió doctrinas zurvanistas basándose en el historiador griego Teopompo (circa 350 a.J.C.) y en otras fuentes no identificadas de la misma época, las cuales a su vez recogen doctrinas muchos más antiguas. Según el *Menok i Khrat* (*Espíritu de la Sabiduría*), un texto religioso pahlavi, el cielo tiene la forma de un huevo (y constituiría el huevo cósmico primordial). Podemos inferir que sería de la ruptura de este huevo primordial —la cual, como hemos visto, sería la ilusoria ruptura del espaciotiempo indiviso e infinito, o, lo que es lo mismo, de Zurván— que de la luz más pura nace Ormuz y de las tinieblas surge Ahrimán (que aquí sería un mero demonio y no un dios con el mismo rango de Ormuz pero con signo contrario, como en el zoroastrismo).

En el *Bundahishn I*, Ormuz aparece como un dios bisexual; ahora bien, los estudiosos nos dicen que en las nuevas formas de la religión de los magos (a las que corresponde el texto) Ormuz tomó el puesto del Zurván del antiguo zurvanismo, y que originalmente había sido este último el dios bisexual. Así, pues, en verdad quien era bisexual era el dios primordial, correspondiente al espaciotiempo indiviso e infinito, quien llevaba en el útero (de su lado femenino) a los mellizos Ormuz y Ahrimán. El nacimiento de éstos representaría la aparición de los contrarios —el bien y el mal, lo femenino y lo masculino, el espacio y el tiempo, etc.— y constituiría la disgregación del espaciotiempo indiviso e infinito que engendra el mundo de la pluralidad. (Algunos estudiosos piensan que originalmente el mito podría haber afirmado sólo que el dios primordial, siendo bisexual, produjo de su útero el universo entero, compuesto de los elementos, que en el zoroastrismo (influenciado por

las creencias indoeuropeas que estaban ausentes en el zurvanismo original) se convertirán en lo *amesha spentha* o “santos inmortales”.

²En su libro *Time, Space and Knowledge*, basado en las enseñanzas del *Kalachakra* y en tradiciones tibetanas asociadas, el lama tibetano Tarthang Tulku traduce como “Gran Espacio-Tiempo-Conocimiento” el término tibetano que aquí vierto como “Total Espacio-Tiempo-Conocimiento”. La diferencia en la traducción se debe a que —como ha señalado el lama tibetano Namkhai Norbu Rinpoché— en casos como éste el término tibetano *chen-po* (*maha* en sánscrito) no denota un tamaño grande que, siendo relativo, puede ser más grande o menos grande, sino algo más absoluto, para lo cual sería menos incorrecto el vocablo “total”.

Este Total Espacio-Tiempo-Conocimiento correspondería al *Zurván* que, para el zurvanismo (relación que se encontró en estrecho contacto con aquéllas de las que podrían haberse derivado el tantrismo y el dzogchén budistas), es espaciotiempo indiviso e infinito. El mismo consiste en la condición en el cual la naturaleza esencial del universo y de los seres vivos se muestra tal como es, la cual se contrasta con una de pequeño espacio-tiempo-conocimiento que, en la experiencia condicionada de los individuos, oculta la condición verdadera de Total Espacio-Tiempo-Conocimiento, y cuya característica distintiva es el error que el budismo designó como *avidya* (y que, como he mostrado en otros trabajos, correspondería a la *lethe*•• heraclíteica). En términos del libro de Tarthang Tulku, la “Iluminación” de que habla el budismo es la plena desocultación de este Total Espacio-Tiempo-Conocimiento.

³La visión mágica no es en absoluto lo mismo que la visión chamánica, ni son chamánicos los medios por los cuales podremos recuperar la visión mágica. Esta sólo podrá recuperarse por los medios que he designado como “metachamánicos” (para una discusión más completa de este término, cfr. Capriles, Elías, 1991, “Ciencia, chamanismo y metachamanismo”. Ponencia presentada en el Segundo Seminario Nacional sobre Etnomedicina y Religión. Mérida, Boletín Antropológico, Centro de Investigaciones, Museo Arqueológico, Universidad de Los Andes). De hecho, Idries Shah afirma en su libro *Los sufíes*: que el chamanismo es una degeneración del enfoque liberador que he designado como “metachamánico” —tesis que encaja perfectamente dentro del enfoque degenerativo de la evolución humana en que está inscrito este trabajo—.

Las culturas chamánicas tenían una visión pancomunicativa que hacía que los hombres se relacionaran comunicativamente con los fenómenos naturales y que, en consecuencia, conservaba el orden ecológico necesario para la vida. La visión paninstrumental de las ciencias y la tecnología, en cambio, ha destruido el orden ecológico a tal punto que hoy en día nos encontramos al borde de la autodestrucción.

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

Ahora bien, el chamanismo también tiene un grave defecto. Por medios chamánicos, el chamán gana acceso a una realidad distinta de la que todos percibimos en nuestra vida cotidiana y que, por lo general, es considerada como una “realidad sobrenatural”. Michel J. Harner ha señalado que el chamán sudamericano piensa que la “realidad” a la que gana acceso por esos medios es la “verdadera realidad” y que su visión cotidiana y la de los otros individuos de la sociedad es una “falsa realidad” (cfr. Harner, Michael J., español, 1973, *Alucinógenos y chamanismo*. Madrid, Editorial Labor).

La información de que disponemos sobre culturas chamánicas de otras regiones nos hacen pensar que lo que dice Harner del chamanismo sudamericano puede aplicarse al chamanismo en general: aunque algunas tribus y culturas puedan atribuir una mayor o menor realidad a la visión cotidiana del individuo normal, todas atribuirán un alto grado de realidad —y por lo general mayor que el de la “realidad cotidiana”— a las experiencias chamánicas “sobrenaturales” (por supuesto, en la medida en la que algunas de ellas no se lo atribuya, podrán ser consideradas como metachamánicas; de hecho, varios sistemas chamánicos contienen elementos metachamánicos, y es incluso probable que todavía hoy en día algunas tribus posean sistemas espirituales totalmente metachamánicos). Estas experiencias son sostenidas por el error básico o base de todo error, que es el fenómeno de ser producido por la sobrevaluación. Es posible que sean la mayor amplitud del foco de la conciencia —o, lo que es lo mismo, el mayor espacio-tiempo-conocimiento— y la mayor intensidad de la experiencia asociadas al mayor volumen bioenergético (*kundalini* o *thig-le*) que se encuentra en la raíz de dichas experiencias, lo que hace que éstas parezcan más verdaderas a los chamanes que las que se producen en su vida cotidiana.

En el Tíbet y su zona de influencia cultural, la cultura popular ha conservado importantes elementos chamánicos, que los representantes de los dos sistemas religiosos más importantes nunca intentaron erradicar. Tanto los lamas bönpo como los lamas budistas se referían a los espíritus y demonios locales como entes con existencia propia capaces de provocar enormes males y, en general, alentaban la creencia en entidades sobrenaturales que podían perjudicar o beneficiar a los seres humanos. No obstante, a los alumnos que deseaban liberarse del error y la ilusión, alcanzando lo que budistas y bönpos llaman “iluminación”, los lamas de ambos sistemas les enseñaban a reconocer, durante las experiencias de la realidad “sobrenatural”, que ésta era ilusoria, y a liberarse yóguicamente de su influencia y poder. Esta repetida liberación permitía la progresiva neutralización de la tendencia a vivenciar la “realidad” —“sobrenatural” o cotidiana— como algo autoexistente, independiente de los procesos mentales del practicante y absolutamente verdadero. Así el alumno se liberaba del fenómeno de ser que lo hacía tomar en serio tanto las visiones y experiencias “sobrenaturales” como las experiencias cotidianas, y superaba la sensación de que ambas eran algo autoexistente, independiente de sus propios procesos mentales y absolutamente verdadero.

Así, pues, los sistemas espirituales tibetanos consideran que tanto la realidad cotidiana como la realidad “sobrenatural” son ilusorias. Esto no significa que consideren a ambas realidades como meras alucinaciones. En el caso de la realidad cotidiana, por ejemplo, ellos reconocen la existencia de algo *dado* que, al ser procesado e interpretado por nuestros procesos mentales, es vivenciado como el mundo en que vivimos, con todos sus entes. La

“ilusión” surge cuando no reconocemos que los entes no existen de manera intrínseca y absoluta, y no podemos ver que dependen de otros entes y de nuestros procesos mentales para existir *de la manera en que existen para nosotros*. Así, pues, la ilusión es, para los tibetanos, una confusión acerca del modo de existencia de los entes (incluyendo entre dichos entes a los sujetos humanos): cuando creemos que nuestros objetos y nosotros existimos intrínsecamente, que nuestros objetos y nosotros somos substanciales (en el sentido de ser autoexistentes y no necesitar de la mente y/o de otros objetos o sujetos para existir), que lo relativo es absoluto, estamos en un error y somos víctimas de una ilusión. Ese error y esa ilusión son el resultado de la sobrevaluación y su producto más esencial, que es el fenómeno de ser, base de toda ilusión y de todo error.

La ilusión engendra una serie de respuestas emotivas que producen sufrimiento, insatisfacción y frustración recurrentes. En efecto, si creemos en la existencia intrínseca de la “realidad sobrenatural”, podemos ser víctimas de demonios y espíritus, como lo han sido tantos tibetanos y miembros de culturas tribales; si creemos en la existencia intrínseca de los entes, creencias y valores de la realidad cotidiana, lucharemos por mantener nuestras identidades, posesiones, etc., y con ello crearemos constante incomodidad, insatisfacción y frustración.

El próximo estadio de nuestra evolución no ha de ser ni pancomunicativo ni paninstrumental, y no ha de estar basado en un panteísmo animista de tipo chamánico ni en la ideología de la ciencia y la tecnología. Dicho estadio ha de estar basado en lo que —utilizando el término sacramental cristiano— podríamos llamar “comunión”, y la espiritualidad que en él prevalezca ha de ser de tipo “metachamánico”.

Según la enseñanza *rdzogs-chen* y sus equivalentes, independientemente de que los métodos que apliquemos a fin de alcanzar la liberación espiritual comprendan o no la provocación de experiencias de tipo “sobrenatural”, para alcanzarla la actividad vibratoria en la raíz de la sobrevaluación conceptual que vela nuestra condición original deberá interrumpirse repetidamente, permitiendo la autoliberación de sus productos. El proceso de autoliberación irá neutralizando la actividad en cuestión hasta que, a la larga, deje de funcionar y nos establezcamos en el estado de Total Espacio-Tiempo-Conocimiento, recuperando la absoluta plenitud que hemos perdido.

⁴Entre los establecidos en el Oriente, tenemos el dzogchén y el tantrismo transmitidos en el Tibet entre budistas y bönpos, el budismo ch’an ó zen y algunas otras tradiciones del budismo sùtrico, ciertas vertientes del sufismo y en particular de la escuela khajagan ó naqshbandi, ciertas escuelas shivaítas, el taoísmo “de inoriginación”, algunas aplicaciones del adwaita vedanta, etc., etc. Entre los establecidos en el Occidente, algunas se transmitieron en el seno de la iglesia católica (por ejemplo, las aplicadas por santos tales como Juan de la Cruz, Francisco de Asís, Teresa de Avila, Bernardo de Clairveaux y así sucesivamente) y otras incluyeron entre sus seguidores a víctimas de la iglesia en cuestión tales como Giordano Bruno, Jacques de Molay y muchos otros.

⁵Esta es la fecha aproximada más probable entre las que se le atribuyen a Nagarjuna. Sin embargo, en una nota a *La voz de la abeja* de Namkhai Norbu Rinpoché, Adriano Clemente afirma que Nagarjuna vivió en el siglo III a.C. Por su parte, muchos tibetanos identifican el Nagarjuna que desarrolló la filosofía *madhyamaka* con el Nagarjuna que escribió textos tántricos y que fue discípulo del *mahasiddha* Sarahapada (quien vivió en el siglo VIII d.C.), y le atribuyen al personaje una vida de muchos siglos de duración.

⁶Nagarjuna, *Rajaparikatharatnamala*, como lo traduce al español Andrés María Mateo a partir de la traducción al inglés desde el tibetano realizada por Jeffrey Hopkins y Lati Rinpoché en colaboración con Anne Klein, en: Nagarjuna y el séptimo Dalai Lama, inglés 1975; español 1977.

⁷En el budismo *mahayana*, estos son “los cuatro inconmensurables catalizadores de la realización”. En el *mahayana* abrupto (*ch’an* ó *zen*) y en el *vajrayana* (tantrismo) superior y el *atiyana* (dzogchén), se afirma que cuando se alcanza la Iluminación (que corresponde a la desrealización de todo lo que erróneamente habíamos considerado como absolutamente verdadero y dado), los cuatro se manifiestan espontáneamente, pero en tanto que estemos poseídos por la ilusión de substantialidad de los sujetos y los objetos, así como de la existencia en sí de los valores, debemos esforzarnos por desarrollarlos.

⁸Es muy posible que los constantes ataques de los estoicos a los escépticos pirrónicos y neoacadémicos se hayan debido a que éstos negaron la posibilidad del conocimiento (o incluso de saber si el conocimiento era o no posible) sin poner el suficiente énfasis en la necesidad de respetar a los otros seres humanos y a la totalidad de la naturaleza, y de transformar la sociedad a fin de poner fin a la explotación y el dominio de unos seres humanos por otros.

Aunque los estoicos en general encuentran en Heráclito importantes bases teóricas de sus propias doctrinas, y lo mismo hacen escépticos tales como Enesidemo y Sexto Empírico (quienes, en mayor o menor medida, parecen ver en la metafísica de Heráclito la base de su propia doctrina gnoseológica), a través de la historia hubo repetidas polémicas entre los unos y los otros. Estas polémicas entre filósofos que consideran a un mismo individuo como predecesor de sus propias doctrinas podrían ser explicadas por la hipótesis según la cual tanto los unos como los otros habrían pensado erróneamente que poner en duda la realidad del mundo que nos mostraba el conocimiento implicaba perder todo interés por los seres vivos que habitaban ese mundo —cosa que los estoicos, enemigos de la propiedad, de la división de la sociedad en clases y del Estado, consideraban absolutamente indeseable—.

En tal caso, ambas escuelas podrían haber surgido de una misma tradición de sabiduría que poseía tanto la filosofía de la historia y la filosofía social de los estoicos como la metodología gnoseológica de los escépticos, separándose la una de la otra cuando ambas perdieron la visión no deformada de lo dado y, como un loco que bizquea y en consecuencia ve doble, tomaron las dos imágenes de la misma realidad como doctrinas diferentes entre sí.

Las doctrinas de Nagarjuna, en cambio, aunque constituyen un escepticismo parcial, implican una visión ética y política similar a la que adoptaron los estoicos. Esto está también relacionado en cierta medida con el hecho de que Nagarjuna no sólo pone en duda que los objetos aparentemente externos a nosotros sean absolutamente verdaderos y estén dotados de un valor y una importancia dados (como lo haría un poco más tarde la doctrina *mayavada* del filósofo hindú Gaudapada), sino que niega que el sujeto de nuestra propia experiencia sea absolutamente verdadero y esté dotado de un valor y una importancia dados. En efecto, esto último implica que no tenemos derecho a ningún privilegio, ya que no somos ni más verdaderos, ni más valiosos, ni más importantes que los demás seres humanos o que el resto de la naturaleza.

⁹Pániker, Salvador (1992), *Filosofía y mística. Una lectura de los griegos*, p. 112. Barcelona, Editorial Anagrama.

¹⁰Esta *avidya* es, desde el punto de vista de las formas “superiores” del budismo, la segunda de las llamadas “cuatro nobles verdades”, que pueden explicarse de la siguiente manera, entre otras: (1) La vida, como nosotros la vivimos normalmente, es *duhkha*: falta de plenitud, insatisfacción, frustración y recurrente dolor y sufrimiento. (2) Hay una causa del *duhkha*, que está constituida por la *avidya* u ocultación de la gnosis primordial (*vidya* ó *jñana*) no-dual y no condicionada por el pensamiento —la cual de no ser ocultada haría patente la insubstancialidad de todos los entes (sujetos y objetos) y la artificialidad de todos los valores— y por la consiguiente ausencia de la sabiduría conceptual sistémica que dimanaría de la patencia de dicha gnosis. Así, pues, la causa del *duhkha* es la delusión o el error esencial al que me he estado refiriendo. (3) Puede haber una superación del *duhkha*, que es lo que el budismo llama “iluminación” y que radica en la desocultación de lo que la enseñanza *rdzogs-chen* denomina *vidya* ó *jñana* —la gnosis primordial— que hace patente, más allá del pensamiento, la verdadera condición de lo *dado*, libre de toda ilusoria fragmentación, y la consiguiente manifestación de la sabiduría conceptual sistémica que emana de la desocultación de dicha gnosis. (4) Hay un sendero por el cual podemos —por así decir— desplazarnos desde el estado de *duhkha* y *avidya* hasta el estado de plenitud y *vidya* que los budistas llaman “iluminación”.

(Cabe señalar que la segunda noble verdad, sobre todo, es explicada de distintas maneras. Para el *hinayana*, la segunda noble verdad es *trshna*: avidez o “sed de existencia”. Ahora bien, algunos textos del *mahayana* y otros “vehículos superiores”, más inquisidores que el *hinayana*, se han preguntado cuál es la causa del *trshna*, encontrándola en la *avidya*: la avidez que es el *trshna* surge de sentirse separado de la plenitud que, según la física actual, caracteriza a ese *continuum* que es el universo, pues al sentirnos separados de ella nos experimentamos como carencia-de-plenitud-que-necesita-colmarse. Y dicha avidez es sed-de-existencia en la medida en que está ligada indisolublemente a la ilusión de ser un sujeto substancial que afirma su existencia con cada uno de sus actos, palabras y pensamientos. (Del mismo modo, cabe señalar que la gnosis a la que se hizo referencia es anoica en la medida en que está libre de la ilusión constituida por la mente (*noia*) y por el sujeto mental que, a pesar de ser inexistente, aparece implícitamente al percibir la imagen de cualquier objeto. Mientras que para los gnósticos su gnosis develaba a Dios, lo que esta gnosis hace patente no es un Dios sino la verdadera y única esencia, naturaleza y/o condición del individuo y de la totalidad del universo. Ella no es condicionada por el pensamiento, que es incapaz de interpretar la totalidad, ya que todo pensamiento tiene necesariamente que tener un *genus proximum* y una *differentiam specificam* — los cuales no pueden existir en el caso de la totalidad—.)

¹¹De hecho, aplicando el esquema de las Cuatro Nobles Verdades a la crisis ecológica, podríamos decir lo siguiente: (1) Enfrentamos una crisis ecológica tan grave que, si todo sigue como va, la vida humana probablemente desaparecerá del planeta durante la primera mitad del próximo siglo. Y, mientras esperamos nuestra extinción, estaremos condenados a vivir en condiciones fisiológica y psicológicamente patológicas, que harán nuestra existencia cada vez más miserable e insoportable y a las cuales un número cada vez mayor de seres humanos será incapaz de adaptarse —como consecuencia de lo cual éstos desarrollarán altísimos niveles de *stress*, se harán adictos a sustancias químicas nocivas, desarrollarán neurosis o psicosis, contraerán graves enfermedades o, en su desesperación, recurrirán al suicidio—. (2) Hay una causa primaria de la crisis ecológica, que está constituida precisamente por la ocultación de la gnosis primordial (*vidya* ó *jñana*) no-dual y no condicionada por el pensamiento que hace patente la insubstancialidad de todos los entes —sujetos y objetos— y la artificialidad de todos los valores, y por la consiguiente ausencia de la sabiduría conceptual sistémica que dimanaría de la patencia de dicha gnosis. Esta *avidya* nos hace sentirnos separados de la naturaleza y de los otros seres humanos y, en consecuencia, nos impulsa a contraponernos a ellos e intentar dominarlos, y a destruir los aspectos de la naturaleza que nos molestan y apropiarnos los que,

según creemos, nos producirán confort, placer y seguridad. Así aparecen las causas secundarias de la crisis ecológica: el proyecto tecnológico de dominio de la naturaleza que ha destruido los sistemas de los que depende la vida, y las divisiones entre razas, naciones, Estados y clases que, en interacción con el mencionado proyecto, amenazan con causar la muerte por inanición de miles de millones de seres humanos e incluso eventualmente la extinción de la humanidad [consultar el apéndice a este ensayo]. (3) Puede haber una solución a la crisis ecológica, que consistiría en la erradicación de su causa primaria —el error asociado a la falta de *sophía* y de la sabiduría sistémica que emana de ella— y de sus causas secundarias —el proyecto tecnológico de dominio de la naturaleza y de los otros seres humanos, y la condición de explotación y de profunda desigualdad política, económica y social que caracteriza a la mayoría de las sociedades—. (4) Puede haber un sendero que nos permita superar las causas primarias y secundarias de la crisis ecológica e instaurar una era de armonía comunitaria basada en la sabiduría que nos libera del afán de obtener cada vez más conocimiento manipulador y que nos permite utilizar benéficamente el que ya poseemos.

¹²La enseñanza dzogchén (*rdzogs-chen*) ha existido con dicho nombre en la tradición bön (*bon*) del Centro de Asia y, posteriormente, en el budismo de la misma región. Ella *podría* existir o haber existido con otros nombres en otras tradiciones (por ejemplo, en el shivaísmo, el zurvanismo, el taoísmo, el sufismo khajagan ó naqshbandi, e incluso en el ismaelismo).

¹³Todo pensamiento se define por un género más amplio que lo incluye (o bien ese no-género y no-categoría que para Aristóteles era el ser) y otro de su mismo nivel lógico que él excluye y por contraste con el cual se define. En consecuencia, todo pensamiento excluye algo, crea algo que es otro en relación al mismo, y con ello introduce una fragmentación en el continuo indiviso de lo *dado*.

¹⁴Nuestros pensamientos intuitivos interpretan los *fragmentos* de la totalidad que conocemos en la percepción, pues ésta siempre implica una división de la *Gestalt* total presente a los sentidos, en (1) figura (lo que conocemos) y (2) fondo (el cual queda en una especie de penumbra mental contra la cual resalta lo que conocemos). El error surge porque, al conocer la figura, ignoramos que ella fue abstraída del todo por nuestra propia percepción, y creemos que ella es una substancia: algo en sí mismo separado del resto de la totalidad, que en sí mismo es esto o aquello.

¹⁵Esta historia aparece en un sutra budista. Luego, reaparece en los países islámicos, en textos de los poetas sufíes. Según el *Hadiqah* de Sana'i, los hombres eran ciegos, mientras que el

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

Masnavi de Rumi los coloca en la oscuridad. Recientemente, ha sido utilizada por el lama tibetano Namkhai Norbu Rinpoché, en textos sobre la teoría de sistemas y también en obras anteriores del autor de este libro.

¹⁶Por ejemplo, el científico descubre que una sustancia química mata ciertos insectos que destruyen los cultivos, y lo aplica a éstos para protegerlos de las plagas. Sólo años después descubre el científico que los plaguicidas también destruyen los animales invertebrados necesarios para el crecimiento y desarrollo de los cultivos, que dichos venenos se cuelean a las aguas subterráneas que alimentan los ríos y luego son consumidas por los humanos, y que los mismos alteran el balance ecológico del suelo al destruir las bacterias que lo regeneran y así, a la larga, acaban con su fertilidad.

¹⁷Encontramos este tipo de concepción de la temporalidad en los distintos tipos de enseñanza asociados a la antigua tradición bön del Centro de Asia y, más adelante, a las distintas tradiciones budistas de la misma región (y en particular en la enseñanza dzogchén y en las tradiciones tántricas asociadas al *tantra Kalachakra*); en el zurvanismo, que por tanto tiempo predominó en el actual Irán y regiones adyacentes y que, como hemos visto, por tanto tiempo se encontró en contacto íntimo con las ya mencionadas tradiciones del Centro de Asia; en una gran variedad de sistemas filosóficos y corrientes religiosas de la India; en el taoísmo chino; en el sufismo y el ismaelismo islámicos etc., etc. En efecto, son tantos los sistemas de pensamiento del Asia que coinciden en sus concepciones de la temporalidad, que uno se siente tentado a hablar de una *koiné* oriental de la temporalidad. Ahora bien, si decidiéramos hablar en tales términos, tendríamos que advertir que esta *koiné* también sirvió de matriz a gran parte del pensamiento griego, pues la visión cíclica de la temporalidad fue compartida por todos los pensadores que postularon cosmogonías cíclicas en base al mito del huevo cósmico, así como por Heráclito y por los estoicos, mientras que la visión degenerativa de la evolución aparece explícitamente en estos últimos (y, en la medida en que ellos bebieron del Efesio, podría haberse encontrado también en aquél).

De hecho, según Diógenes Laercio (L, IV, 9), Heráclito habría sostenido la visión cíclica o circular que nos concierne, afirmando que el mundo surge del fuego y vuelve al fuego según ciclos llamados *aión*-es (eónes), que están fijados y por toda la eternidad. También muchos pitagóricos se adhirieron a la concepción circular de la evolución y de la historia humanas, pero fueron sobre todo los estoicos, quienes, diciendo seguir a Heráclito, difundieron la tradición grecorromana de cuatro eras o edades sucesivas de creciente degeneración representadas por los metales oro, plata, cobre y hierro, cada uno de ellos menos "noble" que el anterior. Según las enseñanzas de los estoicos, en la edad de oro la naturaleza otorgaba sus frutos a los seres humanos sin que éstos tuvieran que trabajar. En la edad de plata y la edad de

cobre, se requería un esfuerzo cada vez mayor para obtener los frutos de la tierra. Finalmente, en la edad de hierro, hace falta el más arduo trabajo para obtenerlos.

Se sabe que Hesíodo importó a Grecia *desde Persia* la visión cíclica y degenerativa de la evolución humana. Independientemente de que el zurvanismo haya servido o no como vínculo entre sistemas de pensamiento y/o de misterios griegos (tales como el pensamiento de Heráclito y quizás incluso los misterios dionisíacos) y sistemas más o menos equivalentes del Centro de Asia (como el dzogchén y el tantrismo, tanto del bön como del budismo), es un hecho que la concepción que el zurvanismo tuvo de la temporalidad y de la “evolución” y la historia humanas es muy parecida a la del Efesio y prácticamente idéntica a la de los sistemas no-substancialistas y por ende no-dualistas del Centro de Asia. (En cambio, lo mismo no puede decirse del sistema derivado del antiguo zurvanismo por ese reformador indoeuropeizante que fuera Zaratustra.)

Para el zurvanismo, al comienzo de cada ciclo temporal todo es Zurván o “espaciotiempo indiviso e infinito”, el cual con el despliegue del ciclo se disgrega y fragmenta, dando lugar al tiempo y el espacio finitos y, en base a éstos, al universo fenoménico humano de dualismos y pluralidad, tensiones y conflictos —los cuales se van acentuando a medida que transcurre el ciclo, hasta alcanzar su paroxismo a fines del mismo—. Ahora bien, a la luz de las doctrinas del bön y el budismo centroasiático (las cuales, como hemos visto, no sólo son análogas a las del zurvanismo, sino que podrían haberse desarrollado interdependientemente con éstas), se infiere que el dualismo y la pluralidad, las tensiones y los conflictos, y en general todo lo que oculta la indivisibilidad de Zurván, es sólo aparente y, por ende, no fragmenta en verdad dicha indivisibilidad, la cual será redescubierta al final del ciclo temporal por todos los sobrevivientes de las “guerras finales”, cuando la aceleración del tiempo finito termine haciendo que éste alcance una frecuencia tal que el tiempo mismo se desmorone y así se alcance “el final del tiempo” (como se señaló en una nota anterior, en un sentido mucho más radical que el de Baudrillard). (Esta indivisibilidad de Zurván es también redescubierta *durante el transcurso del ciclo* por quienes, alcanzando la “Iluminación”, escapan de éste.)

El proceso de desarrollo del mundo se concebía originalmente en el zurvanismo como la sucesión de cuatro períodos de creciente degeneración, representados —según los documentos tardíos que se conservan— por las cuatro ramas del “árbol cósmico”, cada una de un metal menos “noble” que la anterior: el oro representaba la edad primordial de total perfección, la plata la segunda de las edades, el acero la tercera y el hierro la última y más degenerada de las edades (puesto que sólo el tercero de los metales difiere de los empleados por los estoicos y en general por los griegos y los romanos para representar las cuatro eras sucesivas de creciente degeneración, es de suponer que, antes de la invención del acero, el tercero de los metales en la tradición persa haya podido ser el bronce). Según los mismos documentos tardíos, cada uno de estos cuatro períodos duraba 3.000 años, de modo que la duración del ciclo completo era de 12.000 años (de hecho, todavía en Zaratustra encontramos esta división del ciclo en 4 períodos de 3.000 años cada uno).

A partir de las concepciones de las tradiciones del Centro de Asia análogas al zurvanismo y emparentadas con éste, podemos inferir también que el redescubrimiento de la condición primordial al final del ciclo tendrá lugar cuando la más extrema aceleración del tiempo finito haga que éste finalmente se desmorone, con lo cual caería el velo constituido por el tiempo y el espacio fragmentados y, en general, por los pensamientos, y se haría patente la

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

condición original infragmentada, indivisa y absolutamente verdadera representada por Zurván. Luego veremos que, para el zurvanismo, este restablecimiento del orden primordial tendría que ver con la venida a la tierra de Mitra —dios de la guerra y rey celestial de la luz— para librar las “guerras finales” en las cuales el mal sería derrotado definitivamente.

Cabe subrayar el hecho de que esta *koiné* oriental de la temporalidad sólo tiene pleno sentido dentro de la visión no-substancialista y por ende no-dualista del mundo que hemos estado considerando, y desde siempre ha estado asociada indisolublemente a ella. El hecho de que algunos de los sistemas no-substancialistas y no-dualistas que postulan la concepción de la temporalidad que estamos considerando —como, por ejemplo, el zurvanismo y el bön originales— en un momento dado comenzaron a postular lo que parecía ser la actividad de fuerzas dualistas dentro de la gran no-dualidad del universo, no los desvió en lo más mínimo de su cosmovisión originaria (pues el Bien no es más que lo que dimana de la no-ocultación de la gran no-dualidad en cuestión, mientras que el Mal no es más que la ocultación de dicha no-dualidad por la sobrevaloración de las apariencias dualistas). Sin embargo, también es cierto que, a partir de las grandes tradiciones no-substancialistas y no-dualistas, fueron surgiendo desviaciones substancialistas y dualistas, muchas de las cuales conservaron vestigios de esta concepción de la temporalidad, que ya no les correspondía. Un ejemplo de esto último es la religión reformada de Zaratustra.

En su gran mayoría, los sistemas de pensamiento de la India, sean hinduistas, budistas o seculares, se adhieren a la concepción cíclica y degenerativa de la temporalidad, y dan el nombre de *kalpa* al ciclo cósmico o *aión*. Algunos de dichos sistemas dividen dicho *kalpa* en 14 *manvantara*, cada uno de los cuales puede a su vez dividirse, como el evo de los estoicos, en cuatro eras (*yuga*) de creciente degeneración —las cuales, en una de las terminologías más difundidas, se llaman *satyayuga*, *tretayuga*, *dwaparayuga* y *kaliyuga*—, o bien en tres eras cada una más degenerada que la anterior —las cuales muchas veces reciben el nombre de *satyayuga*, *dharmayuga* y *kaliyuga*—. Otros, en cambio, pasan por alto los *manvantara* y dividen directamente al *kalpa* en los tres o cuatro *yuga* a los que acabo de referirme.

Las distintas tradiciones del budismo tántrico y del budismo tibetano, al igual que el bön *postbudista* (que adoptó la totalidad de las escrituras canónicas y de las escuelas filosóficas aceptadas por el budismo del Centro de Asia), siguieron las divisiones y la terminología de la India, que aparecen en una multitud de textos, entre los cuales son particularmente conspicuos el *terma* tibetano con predicciones para nuestra época titulado *La leyenda de la Gran Stupa* (el cual anuncia el advenimiento de un *tantrika* quien, habiendo alcanzado la perfecta budeidad, restauraría las doctrinas y los métodos que permiten a los humanos acceder a la condición en la que él mismo se ha establecido y, “de paso”, haría posible que los tibetanos que actualmente se encuentran en el exilio retornen a su país) y el *tantra Kalachakra* o “Rueda del Tiempo” (el cual profetiza que muy pronto ocurrirán las “guerras finales” que ponen fin al ciclo y en consecuencia se iniciará un milenio de justicia, armonía, igualdad y plenitud en el cual el estado de cosas sería semejante al de la Era Primordial).

Los escritos del taoísmo en su totalidad —el *Tao-te Ching* de Lao-tse, el *Chuang-tzu* y el *Lieh-tzu*— implican también la visión cíclica, aunque nunca la expresan en términos de la sucesión de un número específico de edades con sus respectivos nombres. Esto puede ser apreciado en muchos versos del *Tao-te Ching*; Como ya hemos visto, los cc. 25^o y 40^o (Elorduy) afirman que:

«El *tao* tiene un movimiento retornante.»

Mientras que el c. 38^o (Elorduy) afirma que:¹⁷

«Perdido el *tao*, queda la virtud;¹⁷
perdida la virtud, queda la bondad;
perdida la bondad, queda la justicia;
perdida la justicia, queda el rito.»

En el sufismo (la tradición mística que floreció en el islam), la doctrina cíclica fue explicada en términos del mito judeocristianomusulmán del jardín del Edén y la “Caída de Adán”. Esto puede ser apreciado en una larga cita de Abu Bakr Siraj Ed-Din —un inglés convertido al sufismo— que reproduce en mi libro *Individuo, sociedad, ecosistema* y cuyo primer párrafo cito a continuación (el resto de la cita aparece en la nota correspondiente, de modo que el lector que no haya tenido acceso mencionada a la obra pueda leer el texto completo de la misma):¹⁷

«En todas las regiones del mundo la tradición nos cuenta de una edad cuando el hombre vivía en un Paraíso sobre la tierra. Pero aunque se dice que no había signos de corrupción sobre la faz de la tierra, se puede suponer, en vista de la Caída que siguió, que durante esta edad la perfecta naturaleza humana se había convertido en la base para una exaltación espiritual cada vez menor. Esto puede ser inferido de la historia de Adán y Eva, pues se dice que la creación de cada uno de ellos marcó fases diferentes por las que atravesó la humanidad en general durante esta edad. Se entiende que la creación de Adán y su adoración por los Angeles se refiere a un período cuando el hombre nacía con el Conocimiento de la Verdad de la Certidumbre (que corresponde a la plena manifestación de la Naturaleza Divina). La creación de Eva se refiere, así, a un período posterior, cuando el hombre comenzó a nacer en posesión solamente del Ojo de la Certidumbre, o sea, en el estado de mera perfección humana: al comienzo Eva estaba contenida en Adán, tal como la naturaleza humana está contenida en la Divina, y su existencia separada indica la existencia aparentemente separada de la perfecta naturaleza humana como una entidad en sí misma. Finalmente, la pérdida de esta perfección corresponde a la pérdida del Jardín del Edén, que marca el final de la Edad Primordial...»

¹⁸En la primitiva Edad de Oro o Era de la Verdad no existían las divisiones entre los seres humanos. Para los estoicos, en dicha era imperaba plenamente el *logos* y, en consecuencia, los seres humanos eran todos libres e iguales entre sí y no estaban divididos por fronteras nacionales ni por distinciones de

clase, fortuna o alcurnia. La propiedad privada era desconocida, como lo eran también la familia individual, la esclavitud y el Estado en que unos pocos imperan sobre la mayoría. Los bienes de la naturaleza eran disfrutados en forma común por todos los seres humanos, que carecían de todo sentido de posesión y vivían como verdaderos hermanos, abandonados al flujo natural del *logos* —y, en consecuencia, libres de toda forma dualista de gobierno o control—.

Así, pues, la primitiva Edad de Oro o Era de la Verdad podría corresponder, en cierto sentido, a las formas originales y más puras del “comunismo primitivo” postulado por el marxismo y por el pensamiento ácrata. Ahora bien, Marx y Engels crecieron y florecieron en un clima que todavía estaba marcado por el gran entusiasmo con el progreso que había caracterizado a la Edad Moderna. Más aún, los padres del marxismo tomaron como base para su sistema la filosofía de Hegel, máxima expresión de la concepción de la evolución como perfeccionamiento constante. En consecuencia, no pudieron evitar el error de concebir el proceso de evolución humano como un progresivo perfeccionamiento, lo cual implicaba comprender el “comunismo primitivo” como un estadio inferior a los que lo sucedieron en el proceso de evolución social, cada uno de los cuales debía ser más completo y perfecto que el anterior. Y, puesto que los padres del marxismo adoptaron una visión parcialmente economista, era inevitable que el marxismo terminara afirmando erróneamente que el carácter igualitario y ácrata¹⁸ de los “comunismos primitivos” se debía a que sus miembros vivían en la más extrema indigencia.

Por último, cabe señalar que el nuevo estadio de perfección y armonía que, una vez completada la reducción al absurdo de la *avidya*, iniciaría el siguiente “ciclo cósmico”, podría ser identificado con el comunismo postsocialista postulado por Marx y Engels; ahora bien, en este caso sería necesario advertir que para los creadores del marxismo el comunismo postsocialista era “superior” al comunismo primitivo y “cualitativamente diferente” de él. Nosotros, en cambio, sólo podríamos considerar el nuevo estadio de perfección y armonía como “superior” al anterior en el sentido de estar “más avanzado en el proceso evolutivo” (considerando el tiempo en la dirección en la que evoluciona en nuestra experiencia); no en el sentido de ser “mejor”. Cabe señalar también que, desde cierto punto de vista, no se produce la restitución de una condición de perfección, pues el error y la degeneración, siendo como un juego de apariencias en el “espejo primordial”, comparte la perfección intrínseca de ese “espejo” o principio único. Y puesto que en este sentido la perfección nunca se perdió, en el mismo sentido no puede decirse que ella sea restituida.

¹⁹Vattimo, Gianni (1994, español 1995), *Más allá de la interpretación*, p. 50. Barcelona-Buenos Aires-México, Ediciones Paidós e I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.

²⁰Aquí el término “vacuidad” debe ser entendido en *uno* de los distintos sentidos del término sánscrito empleado por el budismo mahayana, que es *shunyatá*, de modo que signifique “no existir de la manera como siempre habíamos creído y experimentado que existían”.

²¹A este respecto, cfr. mi *Individuo, sociedad, ecosistema* y, próximamente, la obra *Los presocráticos y el Oriente* que actualmente se encuentra en prensa. También he discutido el asunto en un trabajo inédito sobre Heidegger y, de manera menos sistemática, en el libro *Qué somos y adónde vamos*.

²²En chino, *te*, que es la virtud del tao en el sentido en el que se habla de la “virtud curativa” de una planta. No se trata de “virtud” en el sentido en el que se dice que un hombre que se sobrepone a los impulsos de su egoísmo y artificialmente se dedica a ayudar a los demás es “virtuoso”.

²³La pérdida del *tao* es ilusoria, pues en verdad ella es parte del flujo del *tao*, como lo son también los pensamientos y actos de los seres humanos después de la “caída”. Podríamos entender el vocablo *tao* en términos de la clasificación, propia de la enseñanza dzogchén (*rdzogs-chen*) en base, sendero y fruto, y decir que el *tao* como base no se pierde jamás, pero cuando se manifiestan el error y el consiguiente *samsara* el mismo queda oculto al ilusorio sujeto mental asociado a la estrecha conciencia fragmentaria. Entonces es necesario seguir el *tao* como sendero a fin de alcanzar el *tao* como fruto, que no es otra cosa que la desocultación definitiva del *tao* como base gracias a la desaparición del ilusorio sujeto mental y su conciencia fragmentaria —y la consiguiente manifestación de todas las cualidades del *tao* como base, que espontáneamente benefician por igual a todos los seres vivos y a la totalidad del universo—.

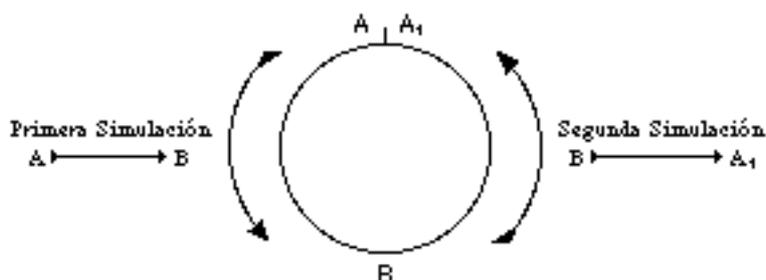
²⁴A nivel psicológico, esto requiere un trabajo destinado a reconocer el carácter ilusorio de, por una parte, lo que Jung designó como “sombra” y en general de todo lo que Freud designó como *phantasías inconsciente*, y, por la otra, de lo que Freud y Jung, entre otros, designaron como ego, y que podríamos también designar como *identidad consciente*. Aunque para Jung esta superación del antagonismo entre ego y sombra era imposible de lograr, ello es precisamente lo que logran los sistemas de mística no-dualista y no-substancialista —y, en particular, lo que se logra por medio de prácticas tántricas que comprenden la visualización de uno mismo como una u otra chocante divinidad airada—. Cfr.

El nihilismo pseudopostmoderno Vs una filosofía para una auténtica postmodernidad

mis libros *The Direct Path* (Kathmandú, Mudra Publishing, 1976) y *Qué somos y adónde vamos* (Caracas, Un. de Ext. Fac. Hum. y Ed. de la UCV, 1986), así como los artículos firmados por quien esto escribe y por Mayda Hocevar, respectivamente, en el número 8-9 de *Trasiego* (Mérida, Fac. Hum. y Ed., ULA, 1997).

²⁵En Laing, Ronald D. (1961/1969), *Self and Others*. Londres, Tavistock (empastado, *The Self and the Others*), y Harmondsworth, Pelican (cartulina, *Self and Others*), el autor representó el mecanismo que designó como “elusión” en términos de una “espiral de simulaciones”:

«La elusión es una relación en la cual uno simula estar fuera de su “sí-mismo” original; entonces, simula estar de regreso desde esta simulación, con el objeto de que parezca que uno ha regresado al punto de partida. Una doble simulación simula la no-simulación. El único modo de descubrir el propio estado original es deshacer la primera simulación, pero una vez que uno añade a ésta una segunda simulación, hasta donde puedo ver, no hay fin para la serie de posibles simulaciones. Soy. Simulo no ser. Simulo que soy. Simulo que no estoy simulando estar simulando...



«Las posiciones A y A₁ en el perímetro del círculo están separadas por una barrera impermeable que es más delgada y transparente de lo que uno puede imaginar. Comience en A y muévase hacia B. En vez de regresar en la dirección de las agujas del reloj a A, continúe en la dirección contraria hacia el punto A₁. A y A₁ están “tan cerca y no obstante tan lejos”. Están tan cerca que uno dice “¿no es A₁ tan bueno como A, si es indistinguible de A?”.»

Claro está, si lo que uno valora es el estado representado por el punto A, uno creerá que ha llegado a A, pues no podría aceptar que lo que ha alcanzado no sea más que su imitación. En todo caso, el diagrama de Laing nos permite representarnos la relación entre el pensamiento genuinamente postmoderno que exige el *Zeitgeist* y el pensamiento pseudopostmoderno que predomina actualmente, en términos de la relación entre A y A₁: el hecho de

que el ser debe superarse, tiene su equivalente espurio en la idea de una debilitación del ser; la idea de la superación de los valores en una condición que es ella misma valor absoluto y fuente de una espontaneidad que todo lo beneficia, tiene su equivalente espurio en la idea de una superación de los valores sin introducir nada que los sustituya (pero sin haber superado la ocultación primordial); la idea de que la modernidad tiene que ser superada se refleja en el término "postmoderno"... y así sucesivamente.

²⁶Entrando a la ciudad de Mérida (Venezuela), un anuncio de la Bayer nos pide que conservemos el medio ambiente. Pero nosotros como individuos tenemos poco poder para afectarlo negativa o positivamente, mientras que la Bayer ha causado y sigue causando innumerables horrores ecológicos: hace ya décadas fue causante del asesinato del río Rin; actualmente sigue comerciando una serie de productos de la mayor toxicidad que destruyen la red de la vida y se concentran al pasar por la cadena alimenticia.

²⁷El mencionado trabajo de Mayda Hocevar fue presentado como ponencia en el seminario "La crisis del pensamiento jurídico moderno y los elementos postmodernos de su reconstrucción", celebrado en Maracaibo, Venezuela, durante el primer trimestre del mes de mayo de 1996. El mismo fue publicado como "La evaporación del sujeto y la postmodernidad" en un número especial de *Frónesis*, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política, publicado en junio de 1996 en Maracaibo, Venezuela, por el Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando" de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas de La Universidad del Zulia.

Una de las tesis propias que ella desarrolla es que muchos de los mal llamados "postmodernos" hablan en términos de una clase de individuos humanos que no existe en la realidad, por lo menos en nuestra época; entonces dicen cosas algunas de las cuales pueden parecer muy hermosas, pero que son incompatibles con la forma de ser de los seres humanos reales de la actualidad.

FILOSOFIA DEL DERECHO Y JUSTICIA SOCIAL

Héctor Tabera
Universidad J. M. Vargas

I

La Democracia, desde sus comienzos en Atenas, durante el siglo quinto antes de Cristo, ha sido considerada como la forma de gobernar, más conveniente y apropiada, para que, cada uno de los que se integran en el pueblo, puedan desenvolverse libremente, desarrollando las aptitudes y posibilidades que definen y caracterizan su personalidad; la que al manifestarse, se proyecta en un entorno vital que construye, extendiéndose en una trama de relaciones que lo vinculan al resto de la comunidad.

Las actividades que las personas realizan para lograr el cumplimiento de los fines e ideales que justifican su actuación, tienen una limitación, en lo que a su vez, las demás personas con las que convive, realizan para desenvolverse libremente, cada una de ellas, su propia personalidad; pero, al mismo tiempo, y como consecuencia de que los entornos vitales de todos y cada uno de los individuos que forman parte de la comunidad, se entrelazan, relacionan y vinculan entre si, nace y surge otro entorno, que no es de ninguno en particular, sino que por ser de todos en comunidad, es denominado entorno social, del que se desprenderá, con el nombre de bien común, otra limitación a la libertad individual; lo que plantea la necesidad de determinar y definir, hasta que punto los entornos vitales del resto de la colectividad y el entorno social constreñirán la libertad personal.

Las diferentes formas concebidas por el ser humano durante su devenir histórico, para dar solución a esa aparente contradicción entre libertad y

limitación, coinciden en establecer una ordenación o regulación tanto del entorno social como de los entornos vitales o personales, produciéndose respectivamente el orden público y el orden social.

En consecuencia, una de las condiciones, entre otras más, que deben darse para que la democracia sea eficaz, es la que garantiza el uso de la libertad, dentro de las limitaciones previstas en los órdenes regulativos mencionados, tal como la encontramos definida en el artículo 43 del texto constitucional venezolano, en estos términos:

" Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social."

La existencia de esos dos órdenes normativos, no es suficiente y bastante para que tengamos democracia. Hace falta además, que las limitaciones a la libertad emanen de los individuos, que por tener similares creencias, propósitos, ideales, costumbres, tradiciones y variadas manifestaciones culturales, constituyen una comunidad denominada pueblo, de la que emanarán tales limitaciones.

La elaboración del orden normativo se realiza por los representantes que el pueblo designa mediante el sufragio; y de la misma manera, nombra a quienes cumplirán y harán cumplir lo dispuesto y establecido en el orden normativo. Se afirma con orgullo, que vivimos en un Estado de Derecho, lo cual es cierto, puesto que todo el acontecer cotidiano y las actividades que se realizan, se ajustan a las disposiciones y normas contenidas en el ordenamiento nacido del proceso ya mencionado; pero se requiere el cumplimiento de otras condiciones, además de las expuestas con anterioridad, para que un determinado régimen sea calificado de democrático, en vista de que no todo Estado de Derecho es democrático, aún cuando todo Estado Democrático lo es de Derecho.

La consolidación de la democracia se logra en una segunda fase, cuando quienes han sido elegidos y representan al pueblo en las divisiones del Poder Público, se desempeñan conformando o ajustando su comportamiento a las disposiciones contenidas en el orden normativo vigente que ha sido elaborado como modelo efectivo de la conducta o comportamiento que se debe desarrollar para alcanzar la realización de los fines, propósitos o ideales que justifican las limitaciones al libre desenvolvimiento de la personalidad.

II

La cuestión a ser resuelta a continuación nos lleva por áreas distintas a la democracia, pero que se encuentran tan estrechamente ligadas con ella, que muy difícilmente podemos desligarlas; ya que nos referimos a la Filosofía, en donde se hallan los instrumentos conceptuales que posibilitarán dar solución razonable a problemas o cuestiones relacionados con la clase de orden normativo apropiada para que la democracia funcione eficazmente, así como el tipo o la categoría de limitación a la libertad para garantizar que no se caiga en los extremos del libertinaje ni de la esclavitud, los medios indispensables que el pueblo puede utilizar para ejercer su defensa, en combatir la arbitrariedad, el abuso de poder y la violencia en todas sus formas.

La Filosofía, en verdad, es una disciplina del pensar, orientada a la búsqueda de ideas concretas, que no pretendan describir los objetos constitutivos de nuestro mundo circundante, sino que siendo evidentes por el solo hecho de ser pensados, puedan utilizarse como fundamento para explicar y justificar una determinada concepción del mundo y de la vida; o bien, para establecer los parámetros y lineamientos dentro de los que debe desenvolverse y desarrollarse el comportamiento y la actividad de la persona, para lograr la realización de ciertos determinados ideales, fines o valores que justifican o soportan la concepción del mundo y de la vida en la cual esas personas creen y por

la que están dispuestas, en determinadas circunstancias, a dar su vida, si ello fuere necesario.

Las distintas formas o modalidades del pensar filosófico, o ramas en las que tradicionalmente suele ser dividida la Filosofía, tienen su origen en el uso o aplicación que se atribuye a las evidencias que se utilizan como puntos de referencias para explicar y justificar las concepciones del mundo y de la vida. Por estos motivos o razones que en la medida en la cual el pensar filosófico se aplique al derecho es posible hacer lógica o teoría del pensamiento jurídico, ontología jurídica, gnoseología jurídica y axiología jurídica.

El punto de partida, para aportar una regulación u ordenación del convivir social, que posibilite el libre ejercicio de la democracia, es indudablemente el perfil de la sociedad en la cual aspiramos vivir en el futuro, para lo que elaboramos, en abstracto, un modelo del comportamiento que se utilizará como referencia para determinar, por una parte, lo que se debe o no hacer, y por la otra, para evaluar y señalar, si lo realizado estuvo o no dentro o fuera del orden normativo establecido.

Estas consideraciones conducen a concluir que, para idear una equilibrada comunidad, utilizable como herramienta conceptual para lograr la realización de los fines, propósitos, ideales o valores que justifiquen vivir conforme nuestras concepciones y creencias, en todos los órdenes de la vida, es innegable que se debe precisar y señalar con toda claridad esos ideales o valores. El pensar filosófico, orientado al señalamiento e identificación valorativas, constituye el objeto de la axiología jurídica, la que, apoyándose en la investigación y la experiencia derivada del devenir histórico, señale e identifique a la justicia como el ideal o valor que ha servido de apoyo para estructurar determinado ordenamiento denominado, según la época histórica: equidad, bien común, seguridad jurídica e imperio de la ley; pero, cualquiera que sea el nombre atribuido, encontramos y encontraremos que es evidente, por el solo hecho de pensarlo, que entre libertad y

limitación a ella, habrá siempre un punto medio o equilibrio que garantizará la vigencia y desarrollo de la libertad. Eso es la justicia social y por ello, justo es que a cambio de lo que dé, reciba algo en compensación, y viceversa, justo es que por lo recibido de los demás se conceda un aporte equivalente.

El ordenamiento normativo justo es aquél que, por la forma como está estructurado y elaborado, propicie y promueva el ejercicio de la ponderación, de la ecuanimidad y de la prudencia para desenvolver libremente la personalidad, hasta un punto medio en el cual se equilibre su libertad con las limitaciones que se originan en el derecho de los demás y del orden público y social.

La vigencia y eficacia de la justicia social está, por lo ya expuesto, en estrecha relación con otra evidencia que se constituye en fundamento y soporte de la regulación del ejercicio de los derechos y de la libertad. Las consideraciones anteriores inducen a concluir que la evidencia de la cual se deriva el soporte de la irretroactividad de las disposiciones normativas, es de naturaleza eminentemente lógica, puesto que se trata de aplicar el principio de no-contradicción, a las normas que se encuentran formando parte de un determinado ordenamiento temporal vigente.

Por otra parte, y si bien es cierto que el pensar filosófico aplicado al derecho muestra, además de lo ya mencionado, que es un puro deber ser expresado en mandamientos y prohibiciones, no es menos cierto que debe contener en su estructura o formulación, lo que se requiera para que su contenido se cumpla conforme a lo que está previsto en él, y para el caso de que así no sea, prever las consecuencias conducentes a un cumplimiento compulsivo.

Es evidente, que si el orden normativo no es cumplido conforme a lo que se manda o prohíbe, alegándose razones y motivos, inclusive el desconocimiento o ignorancia del contenido normativo a ser aplicado,

perdería la función reguladora del comportamiento en sociedad y dejaría de ser lo que es. Orientar el pensar filosófico hacia la fundamentación y justificación del derecho, como debe ser compulsivo, coercitivo u obligatorio es objetivo y propósito de la Teoría del Derecho.

A continuación de lo que se ha expuesto relacionado todo ello con la fundamentación del derecho en evidencias conceptuales, es necesario agregarlo concerniente al análisis y consideración de la evidencia de la cual se desprenderá la validez, vigencia y eficacia del principio general del derecho conocido e identificado como principio de la legalidad.

Como ya se señaló al comienzo, el pueblo está integrado por personas, entre las que existen vínculos, relaciones, intereses, ideales, fines y valores comunes por realizar; y que para lograrlo, cada uno desenvuelve libremente su personalidad ejerciendo los derechos inherentes a su persona. Disponemos de dos formas primarias de ejercerse los derechos humanos; siendo una de ellas, el sufragio, que por ser una manifestación individual y personal de voluntad, genera una especial transferencia y conversión del derecho del sufragante en la soberanía del pueblo que es ejercida a través de los órganos del poder público.

La otra forma de ejercerse los derechos humanos la constituye la manifestación de voluntad individual y orientada a la designación de personas determinadas para lo que no se requiere el consentimiento de los demás, como en el caso del sufragio, sino que, en virtud de la representación, la persona del representante se ubica en lugar del representado.

Al contrario, y cuando se trata de la representación que tiene su origen en una elección popular, la persona del elegido no se confunde con la del elector, ni se ubica en el lugar de todos y cada uno de quienes lo han elegido. Lo que en definitiva sucede es que el pueblo, mediante el

sufragio, ha creado entidades a las que les atribuye la potestad de realizar determinadas funciones que deben ser definidas con claridad y precisión.

La conclusión que se desprende de la aplicación del principio de legalidad, es que el ejercicio de la soberanía por el pueblo, mediante el sufragio, requiere un determinado grado de preparación y conocimiento del orden normativo que garantice el buen funcionamiento de la democracia.

III

Las consideraciones expuestas inducen a concluir que la justicia social se logra cuando al desenvolverse la personalidad dentro de las limitaciones del orden normativo existentes se equilibra en un punto medio entre lo que ya se mencionó libertinaje o esclavitud, para lo cual se requiere que la educación del pueblo cree o produzca los hábitos y las costumbres de desempeñarse con prudencia y ecuanimidad.

Democracia, Filosofía del Derecho y Educación son los soportes que hacen posible vivir en una sociedad cuya finalidad y valor sea la justicia social. La educación para crear los hábitos y costumbres de actuar siempre apegado a lo que está establecido en el orden normativo, debe comenzar desde la niñez en el seno del hogar y desarrollarse progresivamente durante el desenvolvimiento de la vida de la persona; pero para lograr este objetivo se requiere la planificación que permita conocer del derecho lo indispensable para actuar conforme a él, esto por una parte, por la otra se requiere la planificación de la enseñanza del derecho para formar los profesionales que garantizarán la creación de un derecho justo que interpretado apropiadamente conduzca a su aplicación efectiva.

La ley, independientemente de la capacidad personal de cada legislador, cuando cumple la formalidad preestablecida también legalmente, debe cumplirse. El tener carácter de normativa colectiva

podemos criticarla en forma individual, encontrarle defectos y virtudes, pero el individuo tiene que atacarla y cumplirla, tal es el principio fundamental de la seguridad jurídica:

1º elaboración de leyes que cumplan la formalidad de labor y

2º que esas leyes no constituyan letra muerta sino se acaten por todas las personas que forman la comunidad sobre la cual se hacen vigentes. Este principio nos lo enseñó Sócrates. El cumplimiento voluntario de la sentencia de muerte por Sócrates nos enseña que el derecho debe cumplirse tal y cual como está establecido, aún cuando sus consecuencias nos parezcan injustas y que para corregir estas injusticias no hay otro camino que mediante la educación formar buenos legisladores, correctos intérpretes de la ley, jueces que la apliquen justamente.

El pueblo de Atenas, donde nació la democracia durante el siglo de oro, quinto antes de Cristo, enjuició a Sócrates e injustamente lo condenó a muerte. La noche anterior a su ejecución, uno de sus discípulos, Critón, lo invitó a abandonar la cárcel, ya que acusadores, testigos, jueces y el pueblo mismo estaban convencidos de su inocencia. La respuesta no fue otra que el hermoso diálogo denominado Critón o El Deber del ciudadano.

EL COMUNITARISMO EN EL MUNDO DE HOY

Lino Rodríguez-Arias Bustamante
Universidad de los Andes

Es indudable la época crítica que vive el mundo, en el que hemos asistido hace unos años al desmoronamiento súbito del **régimen marxista**, en su cuna de la **Unión Soviética** y en los países satélites europeos, a la vez que presenciamos perplejos y preocupados los avatares en que se desenvuelve el **sistema neoliberal**. Estamos conscientes que hay que descartar un desenlace catastrófico en la medida que seamos capaces de abrirnos con entereza, decisión y mucho amor, hacia la instauración de los principios del **Comunitarismo**.

Ha sido confortador, que en los últimos tiempos - por exigencias de la vida cotidiana -, se fortalezca el protagonismo de la **sociedad civil**, la que cada vez toma **más conciencia** de lo imperioso que se hace su organización con la finalidad de ejercer un **activismo social**. En esencia éste no es motivado para la consecución de alcanzar la realización de unos **ideales**, sino en función de algo más pragmático, como es el actuar en virtud de la **sobrevivencia**. La sociedad en que nos toca vivir nos enseña que por sí solos como individuos somos incapaces de realizar nada provechoso; por lo tanto, únicamente manifestándonos como **personas** abiertas a los demás seres humanos estamos en condiciones de ganar la batalla de las **reivindicaciones comunitarias**. Unos lo hacemos por razonamiento intelectual; y, los otros, que son la mayoría, integrantes del pueblo llano, se movilizan por **necesidad**, sencillamente porque no aguantan más tanta injusticia.

Habida cuenta de lo anterior, no fue para nosotros una sorpresa, cuando en el **Diario Universal** de Caracas (10/12/94, Cuerpo 1 /p 2. Autor: Ramón Luis Acuña-Madrid. Redacción Central de Agencia EFE), leímos bajo el título **NI COMUNISMO, NI CAPITALISMO: EL**

"**COMUNITARISMO**", **TERCERA VIA**, lo que a continuación se expone:

"Ante el fracaso del comunismo y la brutalidad del capitalismo, la vía que nos queda es el Comunitarismo.

Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y Alemania, se están dejando seducir por este nuevo sistema de pensamiento político, que confiere mayores prerrogativas y responsabilidades a la base de la pirámide social.

Todo esto comenzó en 1993, con la publicación en **Norteamérica** de la obra, **El espíritu de la comunidad**, del sociólogo israelí oriundo de Alemania, **Amitai Etzioni**, quien propone conceder más derechos al individuo y, sobre todo, a las «pequeñas comunidades». Esto es una tabla de salvación para los partidos y líderes europeos, faltos de ideas que ilusionen a los electores y que dinamicen a la sociedad.

Las comunidades a que se refiere van de los ayuntamientos a los sindicatos, pasando por los barrios, las asociaciones vecinales e incluso las familias. Estas conclusiones las tuvo en cuenta el vicepresidente demócrata **Al Gore** y el propio presidente **Clinton** en sus iniciativas. En **Europa**, el partido laborista, lo convirtió en piedra angular de su programa. También el presidente de la Comisión Europea, **Jacques Delors**, que fue quien definió este ideario como "la democracia al alcance de la mano", considera que no puede haber «solidaridad» sin un gran sentido de responsabilidad individual y defiende la descentralización del poder hacia las que llama «comunidades vitales», esto es, a nivel regional, local e incluso individual. Parece ser que, también el presidente **Helmut Kohl**, ha recogido algunas de estas nuevas ideas".

La proyección de este pensamiento de Etzioni, ha dado lugar a la fundación de una **Asociación para el progreso socio-económico**, llamada **SOCIEDAD MUNDIAL DE SOCIO-ECONOMIA**, que abarca también a la difusión del **COMUNITARISMO**, en los EE UU, cuyo «Capítulo español», se ha creado en la **Universidad de Valencia (España)**, que abarca a profesores de 17 Universidades de la península, sobre todo en las áreas del derecho, la sociología y las ciencias

económicas. Entre estas Universidades destacan: la del **Opus Dei de Navarra y la Complutense de Madrid**. En 1996, dicha organización ha celebrado la **Octava Conferencia Internacional**, en Ginebra del 12 al 14 de julio, sobre el tema: "Fundamentos Socioeconómicos de una Sociedad Justa", proponiéndose realizar proyectos editoriales y consolidar nuevas asignaturas y cursos en Socioeconomía y Comunitarismo.

Sin duda es evidente el despertar que por doquier se advierte en el sentido de que los **pueblos** toman cada vez más conciencia de la necesidad urgente de darle cuerpo a las **comunidades**, como recipiente sustancial para la organización de las personas, en uniones que permitan más eficazmente el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Esto supone una tendencia encaminada a desterrar las épocas del **individualismo** y del **colectivismo**, promoviendo la **personalización humana**, lo cual requiere hacer hincapié en la **educación solidaria** y la **cultura política**.

Es curioso observar, en la actualidad, que a veces el **hombre del campo** demuestra más sensatez y cordura, inclusive más señorío, que en ocasiones no se descubre en el hombre ilustrado de hoy, acaso por hallarse aquél identificado con la **naturaleza** a través de un mayor contacto con la tierra y el cielo. Al de la ciudad, por el contrario, se le somete, entre otros males y perversiones, a la contaminación ambiental y a los virus y vicios que le acechan. Y es que para sorpresa nuestra, descubrimos dos lastres ominosos que se oponen al despegue de la **concepción comunitaria de la vida**, vale decir, la **marginalidad de los pobres** (aun cuando no todos son marginales), abandonados a su triste suerte, pues todo en la vida les ha sido adverso y, para colmo de la desgracia que les aqueja, contribuye a su desesperación, por confundir y anular su mente, el invento de la **Televisión** que, con frecuencia, en vez de esforzarse por alimentar el **espíritu humano**, ha puesto su mira, deslumbrada por el afán de lucro, en corromper su alma con programas que predisponen a las más bajas pasiones.

De otra parte, se está dando en nuestro tiempo un fenómeno hasta hace poco conocido, en consideración a que las diferencias de **clases sociales** se hallaban bien definidas, mientras que ahora, en las que éstas se han difuminado, ha aparecido también la **marginalidad profesional**, subcultura que se debe a la falta de talento y urbanidad. Afortunadamente, contamos con un nutrido grupo de gente preparada en los diversos estamentos de la sociedad que hacen gala de su exquisita educación y sólida cultura. Sin embargo, se dejan sentir negativamente , aquellos individuos que habiendo obtenido una profesión, sobre todo universitaria, no han sido capaces de pulirse, dejando a cada paso traslucir sus pésimos modales y su corta capacidad de entendimiento. Estos constituyen un serio obstáculo para alcanzar una «convivencia solidaria», que es lo trascendente en el **Comunitarismo**.

Es indiscutible que esta sociedad en que vivimos se encuentra cada vez más deteriorada, hallándose condenada a su disolución, sobre lo cual hay consenso generalizado, salvo los que defienden a toda costa sus intereses. Por eso cada día toma mayor fuerza el **Movimiento Comunitario**; empero, tenemos que proponernos con ahínco persuadir a los «inadaptados» nuestra profunda convicción de que no estamos dispuestos a seguir tolerando actuaciones que no se ajusten a las exigencias ético-sociales, en tanto en cuanto una minoría díscola no está en condiciones de imponer su arbitrariedad a una mayoría consciente de sus «derechos y deberes», de conformidad a las necesidades de la **organización social comunitaria**.

Es evidente el empuje de las **organizaciones comunitarias** por todo el mundo actual, en las variopintas manifestaciones de la vida , o sea, moral, política, social, económica , recreativa,... con resultados positivos para los pueblos, que han tomado conciencia de su efectividad. Ello se lo debemos al pensamiento de «hombres ilustres», como **Maritain, Mounier, Hauriou, Renard, Santi Romano** y tantos

otros, que contribuyeron a la elaboración de la doctrina institucional y comunitaria, basados en el «nosotros», en la "idea directriz", en la «institucionalidad», en el "haz de voluntades", «la objetividad»,... Ha significado el rechazo al individualismo, colectivismo, egoísmo, contractualismo, etc. Luego queda patente, que el **Comunitarismo**, no es «flor de un solo día», pues tiene su «historia», aun cuando, en la actualidad, haya tomado vigencia arrolladora, siendo la luz deslumbrante que iluminará radiantemente el amanecer del Siglo XXI.

En el alborar de esta concepción doctrinal en **Europa**, empezamos a bucear en su esencia, imprimiéndole un triple enfoque: **jurídico, social y político**, con un contenido **moral**, como soporte a todo nuestro entramado conceptual. Por eso, descartamos el «empacho de legalismo» que hoy predomina en los tribunales judiciales y, en su lugar, enaltecemos a la **justicia social**, como crisol a través del cual estudiar, investigar y resolver, con rigurosidad ponderada, los problemas y conflictos que afectan a los hombres en su devenir circunstancial.

En el año 1948 publicamos nuestro primer estudio intitulado, **Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo (El hombre-miembro y el hombre-voluntad)**, en colaboración con el Prof. Ismael Peidro Pastor, en la Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Reus, en el que se da a conocer, por primera vez, en España, la doctrina comunitaria, al cumplirse el siglo del **Manifiesto Comunista**, de Marx y Engels. Este artículo se publicó en «Separata» con la dedicatoria: **A los Doctores en Derecho de la Comunidad Hispánica de Naciones ofrecemos estas directrices de obra común.** Fue presentado por el eminente jurista **José Castán Tobeñas**, Presidente del Tribunal Supremo de España, en la que hizo referencia al desequilibrio entre los órdenes moral, económico y jurídico, que se ha dado en llamar el **problema social**.

Planteamos en este estudio la distinción entre el «derecho liberal y el derecho comunitario» que, por cierto, lo hemos vuelto a abordar en

nuestro reciente libro, **Del derecho liberal al derecho comunitario (La presencia de la moral en el derecho)**, Bogotá, Ed. Temis, 1995.

Teniendo en cuenta que el **derecho liberal** expone la cuestión central del ordenamiento jurídico en torno del **derecho subjetivo**, el **derecho comunitario** lo hace acentuando la figura del deber jurídico, que tiene su fundamento en el **bien de la comunidad**. Para ello nos basamos en la «Teoría Institucional», de Mauricio Hauriou y George Renard. Por el contrario, el **derecho subjetivo** lo sustenta en la **voluntad individual** (contrato), mientras el **deber jurídico** lo hace en el estatuto (los derechos familiares, los organismos institucionales, etc.), porque se deriva de un orden general preestablecido en el seno de una comunidad social.

Así, frente al **Hombre-Robinson** (individualista), tenemos el hombre que vive en los **grupos sociales** (hombre-miembro): la familia, la corporación, la Universidad, el sindicato, etc.; dándose también las instituciones compuestas de **comunidades-miembros**: el municipio, de familias; la rama sindical, de sindicatos; la provincia, de municipios; el Estado Nacional, de los Estados Regionales.

Es decir, que confrontamos las **tesis del individualismo y del personalismo**, en una época en la que todavía no se habían revestido de la trascendencia que ofrecen en nuestro tiempo, en el que surge la imperiosa necesidad, no solo de deslindar sus diferencias, sino lo que es más importante, de superar el «individualismo» sustituyéndolo con verdadera pasión por exaltación de los conceptos de **persona y comunidad**.

Ya en tierra americana -en Panamá-, meditando sobre el estudio jurídico a que nos acabamos de referir, nos decidimos a escribir sobre el tema de la **propiedad**, que es la «institución clave» en todo ordenamiento del derecho. Esto es así, porque no puede darse ningún «cambio social» y menos revolucionario, si no se da una nueva

estructuración al «régimen de los bienes». Toda la vida humana gira en torno de la regulación de este capítulo de los códigos civiles, que es el más sensible y erizante de la comunidad internacional, pues en su defensa o abrogación mueren millones de seres humanos en todos los tiempos de la historia de la humanidad.

Esta es la razón por la cual nos arriesgamos a penetrar en tan «caliente materia», ya que, como decimos, levanta ronchas que mortifican a mucha gente que se ve afectada en sus intereses, por cuanto el egoísmo es intrínseco a la naturaleza humana. Esperemos que en el nuevo siglo, hombres y mujeres, adquieran nuevos hábitos no emanados de su **animalidad**, sino que, por el contrario, fluyan de su **espiritualidad**, en consideración a que, para entonces, es de esperar hayan rescatado para sí los valores **éticos, los educativos y los culturales**, a la vez que extirpado para siempre el flagelo de la «marginalidad». Entre tanto, llegamos a alcanzar este mundo confortable, debemos conformarnos con impeler instituciones que se aparten, en lo posible, de amparar el egoísmo humano, siendo amoldadas a las aspiraciones espirituales de una **sociedad justa**, que hemos de adornarla, como se pone una guirnalda a una mujer joven y hermosa para embellecerla.

A este nivel aspira responder nuestro estudio, **De la propiedad privada a la propiedad comunitaria**, cuya 1ª edición apareció como separata del **Anuario de Derecho** de la **Universidad de Panamá**, 1967, N° 7. Y la 2ª y 3ª, en la **Editorial Monte Avila** de Caracas (Venezuela), en los años 1971 y 1983.

Es notorio, que la **propiedad comunitaria** rechaza las propiedades de signo individualista y colectivista. Este es el caso de las **Comunidades de trabajadores** en régimen de **economía cooperativa**, en las que se minimiza el «ánimo de lucro», para resaltar nuevos valores (idea de servicio, de solidaridad, bien común,...), en régimen **personalista**, en la que prevalece la **conciencia institucional**. Dicho movimiento tiene origen en nuestra **tradicción comunera y libertaria**, enraizada en la

estirpe común **indoibérica**. Igualmente, en el régimen de **comunidad de bienes del cristianismo primitivo**. Así nos dice San Ambrosio: "Es la **naturaleza** la que ha creado el derecho a la propiedad común; mientras es la **violencia**, la que responde al derecho a la propiedad privada". **Tomás de Aquino**, inspirado en la doctrina aristotélica, se pronuncia por la **propiedad privada**, con una orientación **personalista**: "La propiedad es una irradiación de la personalidad humana".

Por el contrario, el **Código civil francés napoleónico** (1804), establece que la propiedad individualista, es inviolable y sagrada, de acuerdo a los principios de la **Revolución Francesa**, netamente seculares de espaldas a lo eclesiástico.

La **propiedad comunitaria**, destaca la dignidad de la persona, el bien de la comunidad y la voluntad de servicio, porque aquí el sujeto de derecho no es el individuo sino la comunidad. Entonces detestamos al hombre como «yo» aislado y solitario, de acuerdo a la expresión orteguiana: "La vida es , por lo pronto , un caos donde uno está perdido... Las únicas ideas verdaderas son las **ideas de los naufragos**", que son los únicos que sobrevivieron en la lucha por la vida, sin tomar en cuenta el grupo social, porque se ha producido el empobrecimiento de la personalidad. La vida social equivale a convivencia , a estructuración organizada , para lo cual hay que estimular la **conciencia institucional**. De aquí que nos pronunciamos por el «nosotros», miembro activo y solidario, la acción de **compartir con otros**. Estamos ante el perenne problema del **hombre nuevo**, con nuevos esquemas mentales que, como es natural, necesita instituciones nuevas ajustadas a su régimen de vida novedoso, respondiendo a promisorias **conquistas sociales** fruto de un pensamiento ideológico.

Una vez estudiadas la **dimensión jurídica y social**, nos vemos obligados a ocuparnos de la política, ya que mediante esta trilogía completamos el círculo que nos da una visión de lo que entendemos por

Comunitarismo, como ideología y sistema de vida, dirigidos a alcanzar la **felicidad humana**, dentro del contexto social. A tal fin, exponemos los parámetros fundamentales de nuestro pensamiento, con la intención que sirvan de guía orientadora a los interesados en conocer nuestros **principios políticos**. Recuérdese que la política de **Aristóteles**, era dirigida a la consecución de «vivir bien», vale decir, felizmente, lo cual en la filosofía griega consistía en la acomodación de las acciones humanas a la «virtud».

Posteriormente se hace de la política una «técnica» para conquistar el poder. Esto se acentúa en el **Renacimiento** con **Maquiavelo**, dándose de lado las consideraciones morales, predominando el logro del egoísmo en el vivir social. Así **Hobbes** habla de la lucha de todos contra todos ("homo hominis lupus"), que exige la presencia del **Leviathan**, quien se encarga de mantener a cada uno dentro de los límites de una competencia pacífica. La verdad es que, ni el **individualismo**, ni el **colectivismo**, han sido capaces de resolver los problemas del mundo, a pesar de los avances tecnológicos sobre todo del primero de ellos, pues la situación de la «comunidad internacional» no puede ser más catastrófica en lo que a la **dignidad humana** se refiere ; esto es, la conciencia del prestigio personal.

Es cierto también, que a pesar de que vivimos en una **sociedad enguerrillada**, por la lucha «estulta» de los hombres , percibimos un «rayo de luz» que ilumina nuestras conciencias, teniendo la sensación de que nos hallamos ante un amanecer esplendoroso, que será un respiro para esta humanidad atormentada por fanatismos incontrolados y por egoísmos insatisfechos, incapaz de comprender estos «ismos», únicamente interesados en hacer el mal a sus semejantes. Decimos lo anterior, porque con nuestros ojos vemos, la insignificancia de estos grupos obcecados, empeñados en convencernos a fuer de violencia, cada día más repudiada por las numerosas colectividades sensatas del orbe.

Es evidente la existencia de un ánimo terso en la **mayoría de las comunidades**, corajosamente dispuestas a construir una nueva «sociedad internacional» fundamentada en la hermandad humana y, por ende, en la **racionalidad** y la **espiritualidad**, que bien equilibradas en el «diálogo», contribuyan al entendimiento universal de sus ciudadanos, conforme a los **postulados comunitarios**. Aquí juega un papel determinante la **justicia distributiva**, dirigida a nivelar la situación de los hombres en la vida social. Este problema no se puede resolver sólo con buenas intenciones, el cual podría mitigarse si no se hubiese perdido la virtud de la **austeridad**. De aquí que sea imprescindible, si queremos alcanzar este cometido justo, crear estructuras comunitarias, que nos impongan a todos ser justos, los unos con los otros, en una sociedad justa.

Esta **Nueva Sociedad** que propugnamos, rechaza la primacía de lo **económico** - como defiende el **neoliberalismo** -, sobre los valores espirituales del hombre, lo cual ha contribuido a su degradación, favoreciéndose exclusivamente un sector minoritario que, por lo general, actuando sin escrúpulos, se ha enriquecido abriendo la brecha de las desigualdades sociales. Es obvio que esta etapa de **servidumbre**, tiene sus días contados, en cuanto estamos asistiendo a la despereización popular -hastiados de tanta ignominia-, en función del reconocimiento de los **derechos humanos**.

He aquí por qué, el logro de estas metas, exige una **formación política** de las personas que integran las comunidades, de tal manera que adquieran una mayor aptitud para su función en la sociedad, con un contenido espiritual que fundamente sus ideales, aspirando a obtener los conocimientos precisos y las relaciones consecuentes para conseguir una **convivencia sociopolítica**. Únicamente así estaremos en condiciones de conseguir la organización necesaria, mediante el desarrollo de las aptitudes de comprensión, cooperación y solidaridad, con la particularidad de que toda acción política habrá de ser encaminada a la realización de la **justicia social**.

A través de esta identificación con los valores y virtudes sociales, llegaremos a tomar conciencia de la **igualdad jurídica**, condicionando la conducta y actuación **al bien común**, que siempre se hallará por encima de nuestras «pequeñeces egoístas». Sin duda que éstas son fruto de la vorágine que provoca el enfrentamiento de las «divergencias», que hemos de soslayar en lo posible haciendo hincapié en el contraste de la exposición de «ideas y opiniones», dentro del cauce de una **crítica positiva**, que nos conduzca a las «convergencias» que nos unen, en el afán de alcanzar mejoras y beneficios para nuestras comunidades. Todo ello fundado en lo **popular**, que no es lo mismo que «populismo», circunscrito al simple halago a la masa para obtener provecho individual, sin importarle las verdaderas necesidades populares. Porque las acciones del «buen político» deben encaminarse a las metas de **justicia y progreso**, en el recto ejercicio de la **libertad**.

Esta acentuación del **sentido popular de la vida**, requiere revisemos nuestro «sistema democrático», pasando de la democracia representativa a la **democracia participativa y comunitaria**, cuyo centro es el principio de **comunidad**, del cual tiene que tomar conciencia el hombre, que ha de ser fundamentalmente **espíritu**, que se pronuncia por la cooperación, solidaridad, autoeducación y participación.

Dicha toma de conciencia personal, supone una formación cultural de los hombres, que implica racionalización de sus acciones, a base de una reflexión de los acontecimientos que se presentan, sometiéndolos a un análisis ecuánime, excluyendo pasiones e influencia de intereses, mediante un constante cultivo de la inteligencia y de la comunicación social. Ya nos dijo **Ortega y Gasset**, en su libro: **La misión de la Universidad**, que todo hombre y, en especial, el universitario debe ser, ante todo, **culto**, lo cual no advertimos por doquier en nuestra **Sociedad Tecnológica**. ¿Y qué ha pasado con la cultura política?. Por lo general, la «gente» no medita cuando opina y actúa, desconociendo la Historia de la Humanidad, incurriendo en incoherencias que desvirtúan su

pensamiento, ya que, desgraciadamente, se deja dominar por los «impulsos» que ciegan las posibilidades de captación de la verdad; pues en estos casos debemos anteponer la **inteligencia** a la **voluntad** que, en todo momento, habrá de ser guiada por aquélla.

Es notorio que esta falta de **conciencia de comunidad**, generalmente por exceso de egoísmo, nos ha conducido, para vergüenza de la humanidad, a que tome relevancia la **causa social**, imborrable lacra de nuestro tiempo. Aparte de sus motivos **industriales**, la principal explicación se encuentra en una **falsa jerarquización de los seres humanos**, fundada en el **desprecio a los pobres**, lo cual condujo a tratarlos como inferiores «burros de carga» a los que se podía explotar sin misericordia; en suma, se los ha considerado como la **escoria social**.

Tal trato inhumano nos ha traído esta **pobreza crítica** espantosa que, como aluvión incontrolable, ha ocasionado los **cambios sociales**, debido a la inestabilidad que se produce en los pueblos, alentados por la **injusticia social**.

Es incuestionable que este desbarajuste en que nos vemos inmersos, no puede abordarse globalmente, por exigir una atención parcelada que sea abordada desde distintos ángulos, para que los resultados tengan eficacia. He aquí la importancia de la **descentralización** que defiende el **Comunitarismo**. Se rechaza una «burocracia dispendiosa, estéril y corrupta», por cuanto que la descentralización es una vía para profundizar la democracia. Luego debe conciliar la **unidad nacional** con las **libertades regionales**, fomentando los derechos de la **sociedad civil**. Porque hay que construir la sociedad de abajo hacia arriba, debido a la relevancia que están tomando los «organismos intermedios», que se han concientizado (o conciencizado) internamente a fin de ser protagonistas de la historia. Pues hay que «desmasificar» la sociedad, por la vía de la **educación** y, por ende, de la entrega al prójimo.

Estamos conscientes que el abordaje sincero de esta propuesta producirá sus efectos positivos, en tanto en cuanto sea incisivo en el «meollo de la cuestión», cual es el rescatar al hombre para la comunidad con un gesto sincero que llegue al alma de la persona afectada, de tal manera que se sienta liberada en el conglomerado social. Sólo así se salvará de la inmundicia que la rodea, como ser condenado a la inutilización por sus semejantes.

Por esta actitud de un sector de la sociedad que tiene ínfulas de privilegiado, no dando testimonio de su verdadera situación, es por lo que los **pueblos** se han lanzado de nuevo a la búsqueda de la **verdad**. De aquí, que Juan Pablo II, ha escrito en su libro: "El mundo cansado de ideologías, se abre a la **verdad**, que viene a rasgar las tinieblas de la existencia humana"; es decir, nos hemos movido en un ambiente camuflado de hermosos ideales que no responden a la realidad y que, a la postre, su simulación ha conducido al repudio de la gente por haberse sentido engañada; pues lo que se construye sobre la mentira, termina con el tiempo desmoronándose.

Urge, por lo tanto, una sociedad más homogénea que busque la afectiva aproximación de los hombres, con la especial tutela de los más **necesitados**, a los que no les basta con poder ser libres, porque es más importante que sean efectivamente liberados. Porque hay que dar **testimonio de los ideales** que se defienden. Por eso estos ideales siguen en pie y la humanidad en su constante peregrinar da la impresión de abrirse a ellos, porque por doquier existe un desafío al **orden constituido**.

Estamos en la hora de los **soñadores**, que siempre son aceptados por los pueblos cuando los necesitan para rescatar la **dignidad humana**. Todo proceso histórico se desarrolla para alcanzar **formas de vida y de trabajo**, que serán **formas de autoconciencia** y de **libertad**, siguiendo el ideal clásico de una **comunidad de personas**. Somos **hombres de espíritu**, lo que significa que poseemos los recursos suficientes y

necesarios, no tan sólo para luchar sino inclusive para triunfar, en nombre de los grandes **ideales de la humanidad**.

Es cierto que esta descomposición **moral y social**, por la que atraviesa el mundo, ha influido en la **crisis del Estado**, como también de la sociedad, pero el remedio no está en hacerlo desaparecer. Hay que **reestructurarlo**, imprimiéndole una impronta institucional, que establezca nuevas formas de relación con la **sociedad civil** y demás organismos intermedios, a fin de alcanzar la desburocratización estatal y la integración pluralista comunitaria.

A este propósito nos pronunciamos por un **Estado social fuerte institucionalizado**, que promueva iniciativas particulares, administre con rectitud bajo el "ojo vigilante" del pueblo, ajuste las leyes con justicia y equidad, controle los intereses estatales y particulares, y distribuya los bienes y servicios con criterio de **justicia social**, para lograr la solidaridad de los hombres, las instituciones y las comunidades. Luego aspiramos a un **Estado fuerte** por respetado, y respetado porque asegure la justicia y la libertad, mediante la consagración de la trilogía: **Persona-Sociedad civil-Estado**.

Esto quiere decir, que el poder estatal respetará la iniciativa de los «organismos intermedios» en la medida que éstos forman parte del «aparato estatal», ya que tienen sus responsabilidades a nivel regional. Luego aspiramos a un entramado de **personas, instituciones, comunidades y Estado**, mediante la capacitación individual, la disciplina en el trabajo y la honestidad. Ha de quedar claro, que no queremos **zánganos** en nuestra colmena tierra, pues compartimos la sentencia pauliana: **El que no trabaje que no coma**. Y en cuanto al destino de los **Partidos Políticos**, va a depender de su capacidad de adaptación a las nuevas exigencias de la sociedad, respondiendo a sus ideologías y al valor que impriman a la justicia social. Su éxito no dependerá de «pactos electorales», sino de su sincera renovación interior institucional, por cuanto deben acostumbrarse a respetar las

delimitaciones que corresponden a las otras áreas civiles y, por lo mismo, no tratar de manipularlas como suelen hacer ahora. Tienen que evitar inmiscuirse en el nombramiento de funcionarios y otros menesteres que no afectan a su incumbencia. Aparte de que ello debe ir acompañado del testimonio de sus ideales, por cuanto somos conscientes del importante papel que han jugado en la **historia de la democracia**.

En lo que hace referencia a la redención de enormes «masas desvalidas» incorporándose a las fuentes de trabajo, exige una adecuada preparación de las mismas, sobre todo a base de propiciar **pequeñas unidades productivas independientes**, que nos conduzcan a una **economía solidaria**. Tienen que dejar de producirse bienes superfluos, mientras la mayoría del pueblo se muere de hambre, por el solo motivo de que un grupo de **hombres insatisfechos**, quiera saciar con bienes materiales sus **vacíos o crisis espirituales**. Damos primacía al hombre sobre la producción, puesto que ésta debe subordinarse a las querencias de aquél en función de una **vida digna**, como punto de partida de toda su acción social en pos de una sociedad mejor, dejando de lado todas las superficialidades que enmarañan su existencia, cuando ante todo debe procurar ser fiel a su destino humano y espiritual.

Esto nos lleva a tener en cuenta que vivimos en un mundo en el que la **revolución tecnológica** actúa sin frenos morales, siendo causante de la **infelicidad humana**, atribuible a la **injusticia social**. Es cierto que ha contribuido a la modernización de la humanidad, pero esto no es suficiente para alcanzar su felicidad, lo cual estamos contemplando angustiados en nuestra época; pues el haber conquistado una vida cómoda a base de poseer muchas cosas, puede satisfacer momentáneamente, no obstante a la larga hasta si ello no va acompañado de satisfacciones espirituales. Una situación de esta naturaleza es la que ha conducido al hombre a caer en el más grave pecado de nuestro tiempo, que sin duda es: el **acoso del amoralismo**.

Quizá pueda decirse, que una mayoría de los individuos que integran la sociedad, inclusive con una apariencia religiosa, son víctimas del **amoralismo**, impulsados a él por la «morbosidad del ambiente» que les rodea. Hay hombres y mujeres enloquecidos por el ansia descontrolada de **poder** y de **dinero**, sojuzgados por lo que pudiéramos llamar la **ecuación fatal: la avidez de dinero y su despilfarro**, que caracteriza a nuestro tiempo, amenazando a una humanidad digna, libre, trabajadora y feliz, que al fin esperamos sea redimida por los **hombres de espíritu**. Para ello es menester estructurar una **economía humana**, que impulse el **cambio social**.

Anteriormente existía un dualismo entre **moralidad e inmoralidad**, teniendo el hombre inmoral una sanción social. El **amoral**, hoy es acogido en los círculos sociales, que se desenvuelven deslumbrados por el dinero. Desconocen que la **moral** es esencial a la **estructura humana**, que el hombre en virtud de su **libertad** puede rechazar; no obstante, él y la sociedad pagan las consecuencias de su acción inconsecuente, por cuanto se trata de «mentes dislocadas», movidas por sus instintos o la razón desvirtuada de espaldas a su verdadera constitución humana. Esta requiere del hombre que se encamine a su perfección, adecuándose a ciertas normas en virtud de su naturaleza racional y libre, respondiendo a una exigencia del **espíritu**. Aquí interviene la **moralidad**, profundamente ligada a la **responsabilidad** y ésta presupone la libertad.

Téngase en cuenta que el objeto de la moral es el **orden natural**, como sistema de normas que rigen su **pensamiento** y acción, subordinando sus «potencias vegetativas y sensitivas a las anímicas», en el orden jerárquico, sometiendo su voluntad a la razón, para alcanzar una perfección **ético-social**. De aquí, que la **conciencia moral**, implica la necesidad de una «conciencia de los valores», que son la estrella polar que guía nuestra conducta. Por eso, cuando la sociedad prescinde de estos valores espirituales, dejándose arrastrar por el **pragmatismo**, surge el amoralismo, sustentado exclusivamente en la conveniencia

humana, prescindiendo de toda preocupación moralista, restringiendo la razón de su vida al «mundo terrenal», por lo que su atonía le lleva a desconocer o despreciar los demás valores.

Así hemos asistido al **relajamiento de las costumbres**, empujados a ella, en tanto en cuanto hemos sido absorbidos por una nueva concepción de la vida, que hace hincapié en el **tener** y no en el ser, que es la que nosotros asimilamos. Porque fuimos empujados a este nuevo estilo de vida por el «mercantilismo», ganado por la productividad, lo cual condujo a sacar a la «mujer de la casa», con el objeto de alcanzar un mayor «consumo». La libertad de la mujer ha sido positiva desde el punto de vista que se ha reconocido su talento y sus habilidades, comparables a las del ser masculino; empero ha dejado un **vacío en el hogar** -no siempre sustituible-, que puede afectar a la educación de los hijos. De todas formas, quienes han adquirido una buena «formación moral», afrontan mejor los embates y contrariedades de la vida moderna y, definitivamente, triunfan en la lucha cotidiana. Aquí el riesgo a que se expone la **mujer** es a perder el **eterno femenino** a que se refirió **Goethe**.

Es de suponer, que instaurada una **sociedad comunitaria**, regida por principios **ético-sociales** y proyectada al futuro; sin perder de vista las **tradiciones de los pueblos**, se logrará una mayor adecuación de la «pareja», puesto que con mayor naturalidad se dará la convivencia en cuanto regirán los postulados comunitarios. En este momento se borrarán las diferencias de sexos y desaparecerán las divisiones alimentadas por el capitalismo y el «orden y mando» establecido por el **marxismo**. Entonces será el momento de ir al rescate de esta **sociedad a la deriva**, tan sólo preocupada por tener **poder** para hacer **dinero**, y así regodearse en el **placer**, sin ninguna sensibilidad para atajar los «graves problemas sociales» y sin coraje para poner coto a las irregularidades de los funcionarios y ciudadanos y a las alteraciones de orden público.

Nuestra aspiración ha de orientarse a alcanzar una **sociedad de salvación**, que desenmascare las falacias del **neoliberalismo**, poniendo al descubierto la falsedad del **amoralismo**; pues éste nos corrompe, por cuanto que ha sembrado la discordia y el caos en la humanidad, ya que nos hizo creer en un hombre poderoso y libre, cuando la realidad nos ha demostrado todo lo contrario, puesto que sus veleidades le han empujado al atesoramiento, o a la explotación del más débil, o a convertirse en esclavo de sus pasiones. De donde que su apegamiento a los deleites terrenales no suelen haberle proporcionado su completa felicidad; sin embargo, en la concepción comunitaria, entregados fundamentalmente a una vida espiritual, valoramos la relatividad feliz que nos brinda este mundo, en la medida que nos preparamos a encontrar la **salvación** en el «más allá». He aquí el significado de la integración de «cuerpo y espíritu», a través del «soplo del alma», que nos abre el camino de la «eternidad».

Estamos en presencia de un «nuevo renacer», en el que han de jugar papeles muy destacados el **trabajo y el Cosmos**. El hombre está llamado a «desperezarse» a fin de sacudir la modorra que le impide vislumbrar los grandes ideales que le pueden redimir de la lenidad con que se mueve en la sociedad actual, entregándose con **mística al trabajo**, a base de descubrir su **vocación y sus habilidades**, para ser útil a su pueblo y conciudadanos y, de esta manera, brillar en el espacio como una estrella luminosa y esperanzadora que servirá de guía y acicate a sus semejantes. Y, de otra parte, estaremos atentos a los avances en el conocimiento del **Cosmos**, cuyas investigaciones se hallan muy adelantadas, por cuanto van a revelarnos descubrimientos asombrosos que, sin ninguna duda, mediante el razonamiento y la fe nos acercarán y, a la vez, nos permitirán tomar conciencia del fin último de la **Creación**, sin caer en el **panteísmo**. Esta simbiosis de **Dios y el hombre**, sacudirá las entrañas de la tierra y sonarán los clarines de la redención de la especie humana.

Entretanto convertimos nuestro ensueño en palpable realidad, sigamos sembrando la semilla del **bien** en el surco de la tierra que, no cabe duda, llegará a fructificar en los corazones de los hombres predispuestos a luchar en defensa de los **intereses iberoamericanos**. Hay que dar por descontado, resaltar con fruición la **Patria americana**, tierra de nuestros afanes y desvelos en la búsqueda de nuestra superación humana al servicio de los supremos ideales. Es menester, por ende, esforzarnos en marginar a los audaces y desaprensivos -en nuestros países-, que han conseguido encaramarse en los **diversos resortes del Poder** (política, cultura, educación, dirigente social, etc.), cuando denotan una mediocridad intelectual o inclusive una precaria -y, a veces deleznable- conciencia **moral**. Tales individuos son incapaces por su egotismo de comprender la necesidad que les apremia de relacionarse con los demás semejantes del conglomerado social.

A tal efecto se nos abre la perspectiva de aplicar aquellos principios que se adecúan a dar solución a los problemas de nuestro tiempo, en consideración a la ingente masificación de nuestros pueblos, con la consiguiente aflicción de la pobreza. Entre ellos destaca como bálsamo purificador la **ética de la solidaridad**, evidenciada en el principio de la **ayuda mutua**, mediante la **prelación de valores**, que confirma que la economía no es el único fin de los seres humanos y de la sociedad, ni siquiera el más importante.

De esta manera, soslayamos el concepto individualista de la ética y le imprimimos una «dimensión social», con lo cual el principio de «comunidad» penetra en su seno; por lo tanto, su normativa exige al hombre tenga en cuenta a sus semejantes, si es que quiere actuar éticamente. Y, además, que subordine sus intereses económicos a los sociales de la comunidad. Por consiguiente, estamos en la obligación de crear una **economía solidaria**, que consiste en la producción de los bienes que necesita el hombre para vivir una vida digna y decorosa, y no, como sucede actualmente, que vive angustiado las más de las veces por alcanzar a precios desorbitados bienes superfluos.

Tal comportamiento hará al hombre más libre al sacudirse de un sometimiento a los «bienes materiales», que le han tenido esclavizado, quedando en disposición de elegir los actos de su vida liberado de todo yugo humano y económico.

De todas formas, la realidad nos enseña que todavía nos hallamos lejos de haber alcanzado este tipo de sociedad que anhelamos con todas las fuerzas del corazón. y del alma, puesto que cada día nos vemos más sometidos a regímenes que aparentemente nos prometen libertades y, en la práctica, nos las niegan valiéndose de argucias y componendas. Esto mismo, nos está sucediendo con la **democracia**, régimen ideal de vida en cuanto supone libertad, igualdad y fraternidad, que fueron los principios de la **Revolución Francesa**; sin embargo, han sido distorsionados y vapuleados en la realidad, tanto por los individualistas como por los colectivistas. De aquí que, en nuestra era, se esté produciendo un deterioro interno del **sistema democrático mundial**, por el crecimiento exorbitante del capitalismo en sus expansiones transnacionales dominadoras de la economía a nivel internacional.

Esta situación no puede ofrecernos ni la felicidad general, ni progreso espiritual, ni desarrollo alguno virtuoso, ni ética de la persona. Ello únicamente puede lograrse en una **Sociedad Comunitaria**, de profundos contenidos morales, sociales e institucionales, al servicio de la **persona humana** y de las **comunidades**, mediante el reconocimiento de la **libertad**, de la **solidaridad** y de la **justicia social**.

Dirigimos nuestro **mensaje** a los pueblos Iberoamericanos y, en especial, a la **clase media**, por su capacidad de trabajo y de resignación en las adversidades; a los **trabajadores**, verdaderos yunques en sus vidas; y a los **jóvenes**, siempre receptivos a los nuevos ideales y valientes y generosos cuando se trata de defenderlos, en la lucha por un mundo mejor.

SUBDESARROLLO, SISTEMAS Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Andrés E. León Rojas
Universidad de los Andes

I. Prolegómenos.

El proceso contemporáneo de universalización del capitalismo, conocido como **globalización**, no sólo atañe a la economía de los países desarrollados y los dependientes en sus órbitas de acción, penetración e influencia, sino a la cultura de unos y otros en su más amplio contexto.

No se trata solamente de la transculturación, ahora mucho más intensa y profunda, pues la electrónica, el satélite, Internet y el conjunto de multimedia nos ponen al alcance del mundo como si fuera una aldea a nuestra disposición. Hace pocos años, en Mérida, Camilo José Cela, planteaba dilemáticamente la soledad del hombre, su aislamiento, debido a los profundos cambios tecnológicos que permiten ensimismarse sin perder la visión del mundo. Y esto no está del todo mal para las élites, pues son los cambios productos del proceso incesante e indetenible según Condorcet . La frase, de profunda comprensión del hombre contemporáneo, dicha por Cela y que se halla en el monumento que en su honor erigiera la Universidad Complutense de Madrid, con motivo del conferimiento del premio Nobel, ***“Para el éxito sobre el talento, para la felicidad ni basta”***, resume la crisis de valores que hoy día confronta la humanidad.

Se trata, además, de nuestros sistemas de justicia, pues el orden internacional reclama seguridad jurídica para sus inversiones y honestidad en la administración de justicia, no sólo en materia de drogas y narcotráfico sino también en los asuntos de la vida civil,

mercantil y administrativa. Que nos digan cómo deben ser nuestros sistemas judiciales es una interferencia inaudita.

Pero la acción no es recíproca, pues todavía existen vetos arancelarios, fitosanitarios, de control de calidad y exigencias de la propiedad industrial con los que se discrimina nuestras exportaciones, profesionales, técnicos y científicos.

La acción política, que se plasma en la concepción de los planes de gobierno obedece a designios impuestos por un orden internacional inexcusable, en el que los acreedores dictan a los deudores las pautas de su conducta.

El nuevo orden internacional inspirado en los principios del liberalismo económico, actualizado de acuerdo a las circunstancias de los nuevos tiempos, por lo que se le denomina **neoliberalismo**, ha abolido las nociones fundamentales de Nación y nacionalidad; Estado y gobernabilidad; soberanía y autodeterminación; justicia y equidad internacional; integración y solidaridad; pues, si bien en las declaraciones de principios se siguen proclamando apotegmas y paradigmas de un orden social inspirado en los tradicionales principios de la igualdad, la libertad y la responsabilidad, las relaciones entre países del norte y del sur; entre desarrollados y en vías de desarrollo no reflejan los mismos.

Muy lejos de esa visión teórica se halla el mundo de nuestros días. Ni en los países industrializados se da ese orden, pues los sectores sociales del trabajo y de los desocupados son los más afectados por un sistema económico y social en el que a medida que crece la economía mayor desocupación y pobreza afecta a los sectores mayoritarios de la población.

No obstante, las diferencias del bienestar entre los países industrializados y subdesarrollados son cada día abismales. En

aquellos, el efecto redistributivo demuestra una mayor eficiencia, y la seguridad social, los servicios públicos, la educación y asistencia social son irreversibles sin que les afecte la tendencia ideológica de los gobiernos de turno. Si bien es cierto que el **Estado de asistencia** ha disminuido su acción, también lo es que hay conquistas y reivindicaciones sociales irreversibles (San Pedro, 1993).

Pero, en lo que corresponde a los países detrás de la cortina de la deuda, esa realidad es deplorable: el crecimiento de la economía está comprometido con el pago de la misma, cuyo origen, de todos conocido, carece de legalidad, legitimidad y racionalidad. En éstos, acontece que a mayor crecimiento económico mayor endeudamiento, y mayor es el empobrecimiento de la población (Castro, 1985).

En éstos, los gobiernos están sometidos a un control inexorable de sus finanzas, tanto en el origen de sus ingresos como en el destino de sus gastos (López de la Roche, 1988).

La tendencia absoluta es la de suprimir todo gravamen que afecte el capital y fomentar la imposición del consumo. La explicación es obvia. Si se agrava el consumo, que hace regresivo, injusto e inequitativo el reparto de las cargas públicas, los dueños del capital podrán concentrar mayor plusvalía por sus beneficios.

Pero la tendencia absoluta en cuanto al gasto es la de eliminar de un solo tajo, si fuera posible, la acción social del Estado, suprimir el estado de bienestar o de asistencia, como se le denomina recientemente.

En estos países está presente el estigma del populismo, en el que la demagogia, corrupción, irresponsabilidad y mediocridad caracterizan la acción del Estado.

El endeudamiento interno y externo está rodeado de esas conductas. Resulta casi imposible hallar una excepción en los procesos de la deuda pública de América Latina, África y Asia.

Los países acreedores, conscientes de esta debilidad ofrecieron con creces sus capitales a aquellos países carentes de legitimidad y responsabilidad (ibídem).

Hoy día esos mismos países exigen el resarcimiento de sus créditos sin plazo alguno y de una manera compulsiva. Los contratos de financiamientos son leoninos y el círculo de la deuda pública es un circuito insaciable de pobreza que engendra pobreza. El mayor y grave daño que se les hace a estos países es su condena a la miseria física y moral. La desnutrición de los sectores mayoritarios de la población y su aculturización son irreversibles, y sus efectos devastadores se sentirán en el devenir inmediato y mediato de varias generaciones (López de la Roche, 1985).

El ordenamiento jurídico de estos países, en relación con la economía, está concebido por los organismos multilaterales: así los regímenes de propiedad intelectual, de concesiones, de explotación de recursos no renovables y de seguridad social, están inspirados en modelos proyectados desde su óptica.

En lo que respecta al régimen jurídico tributario, los países latinoamericanos han cogido como patrón exclusivo de la tributación el modelo de Código Orgánico Tributario para América Latina, producido por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial en la década de los ochenta.

Se ha globalizado el sistema de impuestos sobre la renta, de los impuestos y de las ventas al mayor. Las dos primeras categorías se han reducido a la mínima expresión, con exenciones de una gama muy amplia y con relación a sectores importantes de la producción, que hacen casi nulo el efecto redistributivo de la riqueza.

Los impuestos indirectos, regresivos por su incidencia en el sujeto de hecho, al que se traslada la carga del tributo, son los preferidos por no afectar el capital, fuente de la riqueza y de su concentración en los sectores dominantes de la sociedad. Medida que favorece la inversión internacional, a la que la función tributaria de los fiscos de países en desarrollo es realmente débil en comparación a los fiscos de los países desarrollados, que aplican una imposición directa sobre el beneficio mundial de las empresas.

Los técnicos del Centro Interamericano de Administradores Tributarios afirman que el Impuesto al Valor Agregado (IVA), que en Venezuela se estableció bajo la sutil denominación de Impuesto al Consumo Suntuario y Ventas al Mayor, es el más acertado por ser más fácil de recaudar, poco evadible y de gran rendimiento financiero, por lo que hay que hacer énfasis en los impuestos sobre el capital o la renta. La verdadera razón está en el tipo de interés económico que afecta uno u otro tipo de impuesto.

En los países en desarrollo, la nómina laboral está fuertemente agravada por la tributación en conjunto. Para un obrero de fábrica, rural o del sector público, la porción de renta que sustrae la tributación en conjunto es proporcionalmente elevada en comparación con el funcionario público o privado, y mucho más elevada en comparación con los rendimientos del capital y los beneficios de la industria y el comercio (García et al., 1996).

Una de las leyes de la economía política del capitalismo postula que la porción de renta que se destina al consumo está en proporción directa a su cuantía. Aplicada esta ley social junto a la ley jurídica de la tributación propia del capitalismo los trabajadores tendrán siempre una sustracción mayor de la renta del trabajo por la vía del consumo y de la exacción fiscal.

Ahora, con el pretexto de criticar los regímenes populistas de los países subdesarrollados, en los que la evidencia de corrupción, malversación y mediocridad administrativa no se puede ocultar, los técnicos tributaristas del sistema han desechado de plano los fines de la tributación, concebidos por Adam Smith, David Ricardo y Jhon Stuart Mills, los clásicos del pensamiento económico liberal.

Se ha abolido el fin redistributivo de la tributación. Esta debe estar concebida en función de los fines específicos del Estado, en los que no tiene cabida la redistribución del ingreso.

El esquema neoliberal es pertinente en los países desarrollados, en los que la distribución primaria de la renta, es decir, la asignación de las rentas funcionales obedece a las leyes de la economía capitalista estable, sin crisis ni contradicciones abismales entre factores de la producción. Pero ni siquiera en esos países el Estado renuncia a la finalidad redistributiva del ingreso nacional, pues los servicios públicos de asistencia, educación, recreación y bienestar colectivo en general están financiados directamente por los gobiernos, realidad que no admite un paso atrás, pues el desiderátum democrático depende de los programas de bienestar ofrecidos y las formulas de financiamientos propuestos.

Así en EE.UU, en Europa, Japón, y los tigres asiáticos, la acción del Estado en materia de seguridad social, educación y recreación, amén de la conservación del ambiente, es más elevada que el gasto militar y burocrático. Es decir, con todo lo neoliberal de sus concepciones, los gobiernos no renuncian a las políticas de bienestar general, ya sean inspiradas éstas en las concepciones social-demócratas, demócrata-cristianas, o neoliberales.

Pero, en cuanto se trata de nuestra realidad, las concepciones neoliberales propugnan la eliminación de toda medida con la que los gobiernos atiendan al bienestar social, y se declaran acérrimos adversarios del Estado de asistencia (Harris, 1990).

Para las concepciones neoliberales el problema radica hoy día en nuestros medio en el “malestar del estado del bienestar”.

¿Qué razones asistirán a tal posición ideológica y, por consiguiente, de filosofía económica?

Estamos ante la más fría irracionalidad del capitalismo contemporáneo, más agresiva que en años anteriores, cuando los sistemas socialistas eran su contrapeso y la Unión Soviética acusaba signos evidentes de progreso social, técnico, científico y cultural superiores al mundo occidental, en la que las circunstancias históricas y las realidades del medio, hacían más difícil el logro de mejores resultados en términos comparativos con la economía capitalista, sin dejar de admitir que el socialismo real tuvo su propia contradicción en la concentración del poder político en las minorías gobernantes, sin permitir la alternabilidad, deficiencia grave que dio al traste con uno de los proyectos históricos más grandiosos en la historia de la humanidad.

No obstante, quedan en el pensamiento político, económico y social contemporáneo las ideas fundamentales con las que se puede redefinir y realizar un sistema político y social más justo y humano que el capitalismo, que en la onda expansiva de la globalización, hace más poderosos a los países ricos y empobrece más a los pobres.

En la perspectiva de una sociedad personalista y comunitaria, los pensamientos cristiano y marxista no han agotado sus posibilidades, aún inexploradas en nuestros países (Mounier, 1931 - 1939).

De la realidad social, espontáneamente, van surgiendo las organizaciones del trabajo, de la pequeña y mediana propiedad familiar y comunitaria; las asociaciones productoras de bienes y servicios, las mancomunidades vecinales, las cooperativas, los modelos autogestionarios; los organismos de participación ciudadana; las organizaciones gremiales, culturales, científicas, es decir, un proceso de

socialización intenso y progresivo que suplirá tanto a la magnificencia del Estado colectivista o a la gran empresa capitalista (Rodríguez, 1985).

Reconocer que EE.UU es el país más poderoso del mundo no es nada espectacular. Desde el siglo pasado así lo señaló Simón Bolívar, cuando en Angostura lo mencionaba como el coloso del norte. De esa época a nuestros días nada ha cambiado. Ahora nos "*proponen*" incertarnos en la globalización, cuando ya estamos inexorablemente ensartados. Dijo Clinton, en su reciente visita a Caracas, que el propósito es la nueva América, una sola América, como si parodiara a Bolívar "*La patria es América*". Pero la propuesta norteamericana de la globalización continental, para hacer un solo mercado desde Alaska hasta la Patagonia no tiene el mismo propósito como la concibió Bolívar, ni siquiera como lo replanteó Perón en la Argentina en la década de los cincuenta: la continentalización de América.

En efecto, hay en el fondo y en la superficie de la propuesta-imposición una nueva pretensión de dominio mayor, más allá del militar, tecnológico y cultural: el mercado para dar cabida a los excedentes de la industria norteamericana, no sólo de su propio territorio sino de su economía mundializada. El Nafta, mercado común entre Norte América, Canadá y México, es la prueba inicial de la expansión. ¿Qué resultados ha tenido la experiencia para el convidado menor del pacto?. ¿A quién ha beneficiado más las transacciones comerciales entre los tres países? La respuesta no la debo dar yo, preguntémosle a los trabajadores mexicanos y a los desempleados de ese país. Lo que sí podemos hacer nosotros es observar cómo se incrementa el bienestar de los dos socios mayoritarios, inclusive de sus trabajadores; y cómo también los grandes empresarios del socio menor han visto incrementar sus riquezas. Se trata de una nueva asociación del capitalismo internacional en la que los sectores privados se han impuesto sobre los Estados. La nueva cara del capitalismo no es el imperialismo, como lo previó proféticamente Marx, sino la

organización multinacional, en la que el Estado tiene un papel secundario, y ya el poderío militar no es lo que cuenta sino la magnitud de la economía.

Es por ello que los acuerdos de Bretton Woods, 1944, dieron origen al nuevo sistema económico capitalista internacional, en el que los países acreedores imponen las reglas de juego para el funcionamiento del nuevo orden. Esta es la nueva realidad presente (Toro, 1993).

Hacia el futuro, la competitividad y la globalización serán los nuevos signos, en los que nuestros países serán los convidados de segunda. En efecto, la guerra del siglo XXI no será militar sino económica. No será fría ni caliente, sino económica, como lo señaló Fukuyama (1993), en la que tres grandes protagonistas se disputarán el mundo: EU, UE, y UA. Y en cada bloque los países subdesarrollados estarán en la órbita de los bloques integrados por los países más avanzados.

El nuevo paradigma de la competitividad y la globalización está fundamentado en los parámetros siguientes:

1. El valor real de la producción es menor que su valor nominal, pues el orden financiero es cada día más especulativo y concentrador de la riqueza. Las entidades bancarias devalúan la producción real y revalúan el dinero. Se ha incrementado la órbita del sistema financiero privado.
2. A mayor crecimiento económico mayor pobreza.
3. La globalización profundiza el desequilibrio de la balanza de pagos de los países exportadores de materias primas e importadores de productos finales y tecnología.
4. A mayor automatización de la economía, más desempleo.
5. Las finanzas públicas cada vez son menos redistributivas del ingreso.

6. La compactación del consumo y la destrucción de las pequeñas y medianas empresas. "Las rosas colombianas que vienen de Miami".

7. La teoría económica es cada día menos factible.

II. La ausencia de legitimidad de las políticas tributarias y fiscales.

Una cuestión fundamental de la filosofía política de hoy día es el de la legitimidad de la acción gubernamental.

En dónde debe residir, según la concepción liberal, la legitimidad de un gobierno y, por ende, de sus políticas: evidentemente que en el pueblo, que como colectivo soberano designa sus gobernantes.

El desiderátum democrático está inspirado en los deseos de bienestar colectivo, es decir, en la percepción del bien común. Por ello, los programas electorales son la fuente de legitimidad de los gobernantes y sus políticas.

En cuanto a la legitimidad de las políticas fiscales y tributarias en Venezuela como en cualquier otro país de América Latina, por lo menos, debemos remitirnos a los principios constitucionales que inspiran la concepción de aquéllas.

Dispone el artículo 223 de la Constitución Nacional:

"El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de la progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida del pueblo".
(Subrayado del autor).

Muy lejos está el sistema tributario venezolano de desarrollar tales principios, pues es regresivo, no protege la economía nacional y muy remota está la posibilidad de elevar el nivel de vida del pueblo.

Pero los técnicos de la tributación, de inspiración norteamericana, formados en Harvard y asociados al CIAT, han prescindido, de los principios constitucionales.

El sistema tributario es regresivo debido a la mayor incidencia de los tributos indirectos sobre los directos, pero su especial impacto recae en la nómina laboral, por lo que la función tributaria no está en relación con la distribución funcional de las rentas.

No protege la economía nacional, puesto que el sector capital doméstico está en desventaja en relación con la inversión extranjera, además de que la Administración tributaria es incapaz de abatir el fraude y la evasión legal o ilegal de las empresas multinacionales. Podríamos describir gráficamente la actuación del Seniat como el pescador hábil para pescar sardinas en el borde de la playa pero incapaz y temeroso para capturar los tiburones en alta mar.

Menos está el sistema tributario de procurar elevar el nivel de vida del pueblo, pues es evidente que a mayor crecimiento económico (el PIB se incrementó en un 6% en 1996), mayor es la pobreza y la marginalidad en Venezuela.

Esto último debido a los términos perentorios del pago de la deuda externa, en la que se ha comprometido el bienestar de las generaciones actuales y futuras por el último bidecenio de este siglo y buena parte del siglo XXI (Castro, 1985).

Pero si tomamos por caso de estudio la Constitución Nacional de la República de Colombia, en ella no encontramos la definición de principios alguna. Su texto no es dogmático sino programático, eminentemente tecnicista, lo que le permite al gobierno, cualquiera sea

su signo ideológico, ser más legítimo y auténtico con sus políticas económicas y sociales.

El parangón entre las dos economías y sistemas tributarios es contrastante. Venezuela tiene un Estado rico intervenido por los sectores privados, por lo que la redistribución de la riqueza es más restrictiva, amén de que su sistema tributario es inequitativo por las razones ya expuestas.

El mecanismo de la financiación directa e indirecta del sector privado es predominante en el sistema de las finanzas públicas; para ello señalamos algunos procesos:

1. Condonación de la deuda agraria.
2. Amnistía tributaria.
3. Inaplicación de normas penales frente a la apropiación de las rentas tributarias por el sector privado.
4. Auxilios financieros para el sector bancario privado.
5. La privatización en beneficio de determinados sectores y en detrimento del sector laboral (Bel i Queralt, 1996).
6. Colocación de los instrumentos de la deuda pública interna en sectores poderosos.

En Colombia tenemos una realidad diametralmente opuesta: una nación rica en bienes de capital y recursos naturales y un Estado en función de la redistribución de la renta nacional. Se da una mayor incidencia de la tributación directa sobre la indirecta, y un mayor volumen de gasto social gubernamental. El Estado no subsidia a los sectores poderosos de la economía, los que se autofinancian; y frente a una mayor concentración de la riqueza en manos de pocos, el Estado extrae más recursos fiscales para los programas sociales de asistencia, salud, vivienda y educación popular.

En síntesis, ¿qué pasaría si aquí en Venezuela desapareciera el petróleo?. ¿ En dónde radicaría la fuente de riqueza de los sectores más poderosos de la economía del país y cuál sería la posibilidad de

redistribución que le correspondería al Estado?. Se trata de una hipótesis para el análisis de los estudiantes, doctos y filósofos de la Venezuela real de hoy.

III. La justicia distributiva en el nuevo orden internacional de la competitividad y la globalización

En los foros internacionales se ha omitido el concepto de la justicia social internacional, que no tiene cabida ni justificación filosófica o real en la mentalidad neoliberal.

La igualdad es una utopía y hasta una necesidad. En el orden internacional el desorden establecido (Mounier, 1945) es inevitable.

La desigualdad, la pobreza y la marginalidad es el resultado de nuestra incapacidad (Vargas et al, 1993).

El congreso internacional sobre la solidaridad, promovido por los estudiantes de la Universidad de Salamanca, abordó un tema de importancia trascendental para los países en desarrollo:

IV. Solidaridad y economía global.

Bajo este marco se plantearon los asuntos estructurales de un orden social y económico inspirado en una filosofía humanista, comunitaria y personalista:

- Bloques comerciales e inversión internacional.
- Las multinacionales y el impuesto solidario.
- Banco Mundial. Organismos de Comercio Internacionales.
- Los planes de ajuste internacionales y solidaridad.
- El desarrollo económico y las políticas de cooperación.

- La Banca Ética y los microcréditos.
- El papel de la mujer en el desarrollo y economía del tercer mundo.
- Deuda externa y comercio justo.

Frente al avance desenfrenado y avasallante de la globalización y la competitividad, hay que rescatar el antiguo anhelo de la justicia social internacional, cuyo nuevo nombre es el de la solidaridad.

Pero el nuevo precepto de la solidaridad internacional comunitaria no es un fatuo y romántico principio ideológico. Debe ser concebido como un profundo esfuerzo de integración comunitaria para enfrentarnos al reto inexorable de la globalización. Ahí tenemos el ejemplo de Europa, con menores recursos energéticos, menor tasa de población joven, dividida en múltiples territorios nacionales, de varios idiomas, culturas, religiones, monedas, han llegado a la Unión, una verdadera comunidad integrada, que ya va a adoptar la moneda única. Todo ese proceso, después de dos guerras mundiales devastadoras y del plan Marshall para su reconstrucción.

Pensar en que la propuesta americana sea la nueva oportunidad para América Latina es ser un perfecto idiota. Lo más probable es que Vargas, Mendoza y Montaner, marxistas conversos al neoliberalismo estos dos, y recalcitrante neoliberal el primero, hijo de Mario Vargas Llosa, el destacado novelista peruano que se hizo español después de haber perdido las elecciones en el Perú, me califiquen de perfecto idiota por afirmar lo anterior.

No obstante parece lógico y pleno dé razón que la integración subregional y continental debe ser un proceso imprescindible para aceptar la propuesta de un mercado americano único, en el que Estados Unidos pretende extender la oferta de los excedentes de su producción, de tal manera que no concurramos como países aislados y divididos a la hora de ofertar nuestros productos y regular las importaciones de capital y tecnología.

No es un disparate plantear un estatuto continental de la inversión extranjera y, por consiguiente, un Código Tributario - Comunitario, tal como lo han hecho los países de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo) que asocia a los principales países industrializados.

Venezuela, con los procesos de la apertura petrolera y de la privatización, mediante los cuales se ceden recursos estratégicos y de inconmensurable valor económico a los países industrializados, no puede actuar aisladamente, ni sustraerse de los procesos de integración subregional en marcha.

Pareciera que la globalización constituyera la antítesis de la integración. Pero tal no acontece con la propuesta de la OCDE. América Latina bien podría concurrir a ese proceso universal, a la aldea universal como lo dijo magistralmente Mac Luhjan, si previamente se integra en un bloque económico, político y social. Se impone pues, rescatar los procesos de integración subregional y avanzar hacia la continentalización latinoamericana y del caribe.

A este proceso contribuye la renovada vinculación de Europa con América Latina y el Caribe (Briceño, 1983). La incorporación de España y Portugal a la Unión Económica Europea, hoy Unión Europea, lo permite pensar y desear, lo que resultará un factor de equilibrio con Norte América. Al respecto, está prevista la cumbre hispano - luso - americana a efectuarse en Venezuela. Sin hacer apología de certámenes de tal naturaleza y magnitud, consideramos que algo aportará a la idea del avance de la integración continental de América Latina y el Caribe, y su renovada visión y vinculación con la nueva Europa.

V. Soberanía tributaria y justicia distributiva internacional.

Los países desarrollados, exportadores de capital, ciencia y tecnología, e importadores de materias primas y mano de obra, establecen en sus leyes tributarias el principio absoluto de la imposición a la renta mundial, con fundamento en el carácter extraterritorial de su soberanía fiscal. Es decir, la exacción fiscal alcanza al sujeto donde quiera que éste se encuentre, inclusive fuera de las fronteras de su territorio.

Los países en desarrollo, importadores de capital, ciencia y tecnología, y fuerza de trabajo intelectual, y exportadores de materia prima y mano de obra, aplican el principio de la fuente, con fundamento en el carácter estrictamente territorial de su soberanía fiscal.

Cuando un agente, público o privado, de un país desarrollado invierte en un país en desarrollo, surge el conflicto de la doble tributación, en el que el fisco de éste lleva la peor parte, pues la exacción fiscal correspondería al fisco del país inversionista. Como solución se ha propuesto la firma de acuerdos internacionales para evitar la doble tributación y el fraude fiscal.

Resulta lamentable que jóvenes profesionales universitarios, egresados de nuestras universidades, proclamen y sostengan como representantes del Estado venezolano, que resulta favorable para el país el de mantener en términos absolutos el principio de la renta mundial o global, pues para ellos es más importante la captación de la inversión extranjera, cuyos efectos en la economía nacional, suponen, son más reproductivos, que defender los intereses del fisco del país receptor, que debido a la malversación, corrupción e incapacidad administrativa desviaría los recursos que obtiene de la inversión extranjera.

Tal argumentación resulta a todas luces insostenible porque la existencia de los factores negativos de la administración fiscal, evidentes en escala de mayor a menor en nuestros países, no autoriza a

justificar la apropiación de esos recursos por parte de los países mas desarrollados. La contrargumentación deberá ubicarse en un contexto extra - fiscal, en el que se plantee la redimensión de la función pública y del Estado en su más amplia y exhaustiva acepción. En el fondo del asunto no deja de haber una actitud mercenaria de quienes se ponen al servicio de los intereses de grandes corporaciones extranjeras. Al respecto, hay de por medio un asunto de ética y dignidad personal, que sólo es posible superar cuando el Estado advierta las consecuencias de sus representantes en la mesa de discusiones de materia tan importante para el desarrollo del país.

Bibliografía.

Akal, **El Estado del Mundo**. Anuario Económico y Geopolítico Mundial, 1997, Madrid, España, 1997.

Bel y Queralt Germa: **Privatización, Desregulación y ¿competencia?**. Editorial Cívitas. Madrid, España, 1996.

Bravo Arteaga, Juan Rafael: **Los principios del Derecho Tributario en la Constitución Política de Colombia de 1991**. ILADIT, ICDT, Cartagena, Colombia, 1995.

Briceño Guerrero, José M: **La identificación americana con la Europa segunda**. Consejo de Publicaciones. ULA. Mérida, Venezuela, 1983.

Balbé, Manuel et at., **Estado competitivo y armonización europea**. Ariel Sociedad Económica. Barcelona, España, 1990.

Castro, Fidel: **La deuda externa**. Pomaire/Ensayos. Caracas, Venezuela, 1985.

Harris, David: **La justificación del estado de bienestar**. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, España, 1990.

López de la Roche, Carmen Adela: **Endeudamiento y subdesarrollo**. Separata de la Revista de Derecho de la Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela, 1985.

----- **Crisis fiscal e industrialización en el subdesarrollo latinoamericano**, Vadell Hnos. Editores, Valencia. Venezuela, 1988.

Mendoza, Plinio Apuleyo et al: **Manual del perfecto idiota latinoamericano.** Plaza & Janes, Barcelona, España, 1996.

Mounier, Emmanuel: **Oeuvres de Mounier**, 1931-1939. Editions du Seuil, París, France, 1961.

Pérez de Ayala, José Luis: **Estudio preliminar, en Introducción al Derecho presupuestario.** Eusebio González, Editorial de Derecho Financiero. Madrid España, 1973.

Quiñones, Luci Cruz de: **La Constitución colombiana y el Derecho tributario.** Cartagena, Colombia, 1995.

Rodríguez-Arias Bustamante, Lino: **El personalismo comunitario en América Latina.** Altalena, Madrid, España, 1984.

Trigo Portela Joaquín: **Bienestar social y mecanismos de mercado.** Unión editorial. Madrid, España, 1996.

Toro Hardy, José: **Fundamentos de teoría económica.** Un análisis de la política económica venezolana. Editorial Panapo. Caracas, Venezuela, 1993.

MARCO JURÍDICO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA EN LATINOAMÉRICA

Alberto García Müller
Universidad de los Andes

1. Introducción.

La presente exposición tiene por objetivo presentar el marco jurídico o el encuadramiento normativo de lo que los sectores cooperativo, mutual y asociativo de América Latina vienen denominando “la Economía Solidaria”, cuya construcción se presenta en la región como una alternativa viable para la superación de los problemas del subdesarrollo y de la marginalidad de cada vez más amplias capas de la población latinoamericana.

La exposición se descompone en cinco partes: en la primera, se presentan los principios y la naturaleza de la Economía Solidaria según la ha definido la Confederación Latinoamericana de Cooperativas y Mutuales de Trabajadores (COLACOT); en la segunda, se analizan las disposiciones de orden constitucional que regulan el fenómeno en la región y las necesarias modificaciones que las mismas deberían sufrir para que la Economía Solidaria pueda tener un suficiente asidero constitucional; en la tercera, se hace una somera evaluación de la legislación vigente sobre la materia; en la cuarta, se presentan las pautas o lineamientos generales de lo que podría ser el marco jurídico dentro del cual se desenvuelva el Sector en los distintos países de América Latina y en la quinta, se reseñan los principales institutos normativos que debiera contener una Ley de Economía Solidaria.

Es de advertir que la concepción misma de la Economía Solidaria y el diseño de las pautas legales para su posible regulación es el fruto del conocimiento, la experiencia y el trabajo de centenares de dirigentes de cooperativas mutuales y demás formas asociativas de todos los países de América Latina a través de talleres y seminarios celebrados en toda la región en los últimos 10 años.

Lo sustancial de la propuesta le pertenece al propio Sector de Economía Solidaria como fruto de sus experiencias y expectativas. Nuestro aporte ha sido presentar papeles de trabajo para el análisis, coordinar las discusiones, darle sistematización a las conclusiones y efectuar sucesivas revisiones. Además, asegurar la coherencia del modelo presentado y garantizar su compatibilidad con las nuevas tendencias de la legislación y la doctrina, en especial del derecho cooperativo mundial.

2. La economía solidaria.

Los grandes y graves problemas sociales, económicos, políticos y culturales que sufre América Latina, han obligado a investigar y formular repuestas alternativas, desde la óptica del mundo del trabajo, que permitan enfrentar con eficacia las causas y efectos de los mismos.

En esta perspectiva, la Economía Solidaria no es sólo un deseo espiritual, sino un modelo alternativo capaz de darle el sentido y la razón humana de la economía que es el hombre, y contrarrestar el capitalismo salvaje, que en América Latina ha causado una verdadera catástrofe contra la vida, la democracia, la justicia y la paz de 450 millones de habitantes.

2.1. Principios:

Entendemos por Economía Solidaria el sistema económico, social, político y cultural, sustentado en cinco principios fundamentales: a) la

solidaridad, la cooperación y la democracia como forma de vida y convivencia humana; b) la supremacía del trabajo sobre el capital, con lo cual se reencuentra el origen del desarrollo humano y se rescata el trabajo de la esclavitud del capital; c) el trabajo asociado como base fundamental de la organización de la producción y de la economía, con lo cual se elimina el trabajo asalariado como expresión de la cultura capitalista y la causa principal de la injusta distribución de la riqueza; d) la propiedad social de los medios de producción donde los trabajadores como productores directos son los propietarios y gestores de la empresa y beneficiarios plenos de los beneficios económicos, con lo cual se elimina la explotación del hombre por el hombre, del hombre por el Estado y la causa fundamental de la lucha de clases; e) la autogestión como forma superior de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, la economía y en la conducción del Estado y la sociedad, con lo cual se elimina la marginalidad y se construye y consolida la Democracia Real.

2.2. Estrategias:

La gravedad de los problemas socioeconómicos y políticos de América Latina nos exige la formulación de propuestas alternativas viables aquí y ahora del acontecer cotidiano de nuestros pueblos y naciones. Lo anterior indica que, sin perder el objetivo final, la utopía, la nueva sociedad, COLACOT ha formulado una estrategia que nos asegure lograr la utopía a partir de nuestra realidad, con el fin de dar una respuesta concreta a los graves problemas económicos y sociales del presente: la Economía Solidaria.

2.3. Naturaleza:

La Economía Solidaria se sustenta sobre su propia base social y económica, conformada por todas las formas asociativas, laborales, cooperativas, mutuales y similares que en América Latina representan alrededor de 60.000 empresas, con alrededor de 50 millones de asociados y una incidencia social y económica sobre 150 millones de personas.

La Economía Solidaria está conformada en su base por unidades productivas de economía social en sus diferentes expresiones. Pero estas unidades deben rebasar el nivel microeconómico, por su articulación horizontal intra e intersectorialmente, engranando todo un circuito económico de transferencias insumo-producto y articulándose también verticalmente hasta proyectarse a nivel macroeconómico.

Para enfrentar la concentración monopólica (productiva y financiera) que prevalece a nivel de la economía global, no es el camino adecuado promover y desarrollar cooperativas cada vez más grandes y gigantescas, ni tampoco el de centuplicar un sinnúmero de formas de economía social inconexas entre sí. La estrategia de la Economía Solidaria radica, básicamente, en la articulación del máximo de unidades productivas de diferente función y actividad económica en las transferencias insumo-producto conformando circuitos económicos cada vez más amplios y de mayor incidencia en la economía global.

Las reales ventajas comparativas de las formas de economía social integrada a la Economía Solidaria, frente a la concentración monopólica que controla la producción y el mercado, resultarán fundamentalmente de la cadena de transferencias insumo-producto de los circuitos económicos así articulados, por el hecho de generar precios más bajos o competitivos de los insumos o de los productos finales al interior de la Economía Solidaria y en los intercambios de este sector con los otros dos sectores y con la economía global" (Bernal, 1994).

Su naturaleza humanista y solidaria se orienta al reencuentro con los principios y valores que le dieron origen a nuestras sociedades, que son el hombre, la familia y la comunidad. La conducta comunitaria de nuestros antepasados y el afán de libertad y respeto por lo cual lucharon nuestros libertadores, que nos dieron un ordenamiento jurídico y político democrático, son garantía de éxito para el sector. Lo es también la ética y la moral del cooperativismo, el mutualismo y el conjunto del

movimiento de los trabajadores, junto a la fe y la religiosidad de nuestros pueblos.

2.4. Objetivos:

La Economía Solidaria se propone la organización de un nuevo modelo económico, que sustentado en los principios de la misma, contribuya a la satisfacción de las necesidades fundamentales del hombre espiritual y material y, en particular, a la generación de empleo y la producción de bienes y servicios para los más desposeídos.

2.5. Reivindicaciones:

El movimiento de los trabajadores, entendido como el conjunto de organizaciones laborales, económicas y sociales, inspirados en los principios de la Economía Solidaria, está en la obligación de plantearse reivindicaciones macrosociales, macropolíticas, macroeconómicas y macroculturales, que le aseguren el entorno propicio para la implementación de la Economía Solidaria, tales como:

a) *La democratización del Estado:* esta conquista es fundamental, logrando que en las nuevas constituciones se declare a nuestras naciones como estados sociales de derecho, donde el centro, razón y fin sea el hombre, el trabajador, la familia y el municipio, con lo cual se contrarresta el viejo estado liberal de derecho, cuyo eje central es el capital, el enriquecimiento desmedido, la concentración de la riqueza y el poder en minorías oprobiosas;

b) *El derecho del trabajo* como eje supremo de la nueva economía, pasando del trabajo asalariado al trabajo asociado;

c) *El derecho de la Economía Solidaria* que le garantice la protección y fomento por parte del Estado y la dotación de los recursos naturales y técnicos, con prioridad como ente del bien público ;

d) *La cultura solidaria* que le asegure a todos los trabajadores y a todos los ciudadanos la opción a la cultura de la civilización del amor, de la solidaridad, de la cooperación y la democracia, única forma de contrarrestar la cultura individualista, explotadora y violenta del capitalismo. Lo anterior es posible mediante la inclusión, dentro del sistema nacional de educación, de la obligación de enseñar los principios y valores de la economía y de la sociedad solidaria;

e) *La democracia real*, en que se les asegure a todos los ciudadanos el derecho de participar en la gestión de la sociedad y el Estado y se les dote de los instrumentos organizativos y los medios y recursos para su gestión en el campo social, económico, cultural y político.

2.6. *El mercado de la Economía Solidaria:*

La Economía Solidaria cuenta con un mercado cautivo de 400 millones de latinoamericanos, el cual irá aumentando en la medida que avance el neoliberalismo con sus planes antisociales, antihumanos y antidemocráticos que se vienen aplicando a la región. Si hablamos en términos de Mercado Social y de rentabilidad social y económica, no especulativa, podemos identificar el mercado de la Economía Solidaria con mayor precisión en los siguientes aspectos:

a) generar bienes y servicios para 260 millones de personas que hoy se hallan bajo la pobreza absoluta; b) brindar protección y seguridad social para 350 millones de personas que hoy no la tienen; c) construir 60 millones de unidades de vivienda de interés social; d) dar educación a 150 millones de personas que hoy son analfabetas; e) crear 110 millones de empleos productivos, sólo para cubrir el déficit que hoy tenemos; f) mantener el poder adquisitivo de los trabajadores que hoy se hallan ocupados; g) organizar y formalizar la llamada economía informal que hoy es el 60% de la población económicamente activa de América Latina; h) contribuir a mantener el nivel de vida y la protección del ingreso de la clase media, que hoy se halla en un

acelerado descenso; i) proteger los débiles procesos de democracia que se hallan gravemente amenazados por el neoliberalismo; j) alcanzar y consolidar la paz de nuestros pueblos que hoy se hallan afectados por la violencia guerrillera, el narcotráfico y la violencia institucionalizada y reducir el armamentismo y todas las causas generadoras de las guerras en la región; m) la reducción de la brecha entre ricos y pobres; n) la seguridad para la inversión interna y externa que garantice un crecimiento económico constante y equilibrado. Todo lo anterior sólo es posible en una sociedad solidaria, un Estado Solidario y una Democracia Real.

2.7. Instrumentos operativos a reivindicar del Estado:

a) La Ley de la Economía Solidaria de cada país, que le dé la protección y fomento real al Sector, situándolo a la altura y en igualdad de derechos al sector de la economía pública o estatal y al sector de la economía privada de lucro; b) la creación del Ministerio de la Economía Solidaria y la dotación de medios y recursos, como el ente público interlocutor del Gobierno con el sector ;c) la constitución del Fondo Financiero de Fomento, alimentado con fondos del Estado hacia el sector solidario de la economía, como ente de bien público no estatal ; d) la apertura de la Universidad estatal y demás entidades de investigación y de cultura al servicio y con prioridad al sector de la economía solidaria ; e) la transferencia de funciones públicas al sector, desde la Municipalidad hasta el nivel nacional, dentro del proceso de descentralización administrativa y de privatización.

2.8. Los retos del movimiento de los trabajadores:

No hay duda que un proyecto de esta magnitud trastoca los esquemas orgánicos funcionales y reivindicaciones tradicionales del Movimiento de los Trabajadores, particularmente al sindicalismo, el cooperativismo, el mutualismo y demás organizaciones populares y que los primeros afectados en forma positiva son el propio movimiento de los trabajadores, que se ve en la obligación de redimensionarse en todos sus aspectos, entre ellos:

a) *Transformaciones :*

1. Asumir el proyecto en cada país y elevarlo a la máxima reivindicación jurídica, política, económica, cultural y social; 2. estructurar el proyecto como alternativa nacional de desarrollo económico y social, frente al modelo tradicional capitalista neoliberal, acorde a cada realidad nacional ; 3. formar y capacitar los cuadros de conducción social y política y los cuadros técnicos empresariales a la altura de las exigencias del proyecto nacional ; 4. redimensionar las organizaciones y empresas del sector que les permita competir con capacidad y eficiencia, superior a la organización y empresa capitalista ; 5. asumir la planificación estratégica como instrumento técnico y científico para asegurar el éxito de la gestión económica del sector y la ocupación estratégica de espacios de poder social, político, económico y cultural en el conjunto de la sociedad y el estado ; 6. divulgar el proyecto a todos los niveles y estamentos de la Sociedad para ganar adeptos, coligar fuerzas y conquistar espacios en todos los campos de la actividad social, económica, cultural y política.

b) *Potencialidades:*

Hoy la economía solidaria en América Latina es la fuerza social, económica y política más fuerte del continente, pero que por carecer de identidad ideopolítica y de su propio proyecto, no ejerce el poder que es y representa.

Sesenta mil empresas, 50 millones de asociados y 150 millones de beneficiados es un inventario relativo que nos permite saber que no comenzamos de cero y que los resultados acumulados de más de cien años de experiencia son una garantía de éxito en el desarrollo empresarial y en el servicio a la sociedad.

Las experiencias aborígenes y la transferencia del modelo cooperativo rochdaliano y del mutualismo europeo en los últimos cien años, son otro indicador de las posibilidades de éxito de sector, pues nos han

traído experiencias modernas en las luchas y reivindicaciones, así como en los procesos de cogestión y autogestión de la economía.

La cultura solidaria humanista y democrática de los trabajadores y los pueblos - y una alta capacidad dirigencial y gerencial - son también prenda de garantía para el éxito de la economía solidaria, pues como se demuestra en casi todos los países de la región, hay empresas de economía solidaria más eficientes que las capitalistas.

La cooperación del sector solidario de los países industrializados, mediante la transferencia tecnológica, de capitales y mercados, con un frente que puede contribuir a la construcción del Sector Solidario de la Economía en América Latina y el Tercer Mundo.

3. Marco constitucional de la economía solidaria.

Para que la Economía Solidaria pueda obtener un marco normativo favorable a su pleno desarrollo, es menester que en la Constitución Nacional de cada país se dispongan disposiciones expresas de carácter jurídico-doctrinario en las que pueda sustentarse, dado el carácter de supremacía, primacía y permanencia que caracteriza a las normas constitucionales.

Se constata que la fuerza cuantitativa que tiene la Economía Solidaria en América Latina no se compagina con la debilidad de su tratamiento en la casi totalidad de las constituciones de la región. Salvo el caso de Brasil, cuya Constitución ofrece un amplio régimen al cooperativismo, ninguna otra Constitución regula el Sector en proporción a la importancia real y creciente que tiene en la vida de cada uno de los países.

Además, su tratamiento es parcial al referirse casi exclusivamente a las cooperativas. Desconoce al Mutualismo y otras formas organizativas de

singular importancia como las Cajas de Ahorro, los Fondos de Empleados, las Empresas Comunitarias, Solidarias, comunales y demás expresiones organizativas socioeconómicas de los trabajadores.

El resto de las constituciones sólo ofrecen un marco genérico o tácito, como lo es el principio de la libertad de asociación o de la protección del trabajo en cualquiera de sus formas.

Por otra parte, el proceso de constitucionalización o inclusión en las constituciones de la Economía Solidaria apenas se está iniciado en la Región, ya que sólo 2 constituciones (Ecuador y México) lo incorporan expresamente como un sector diferenciado de la economía nacional, al lado de los sectores público, mixto y privado.

Las propuestas organizacionales y doctrinales sobre la constitucionalización de la Economía Solidaria, que pueden resumirse en tres puntos fundamentales: a) garantía de su autonomía; b) consagración del derecho específico de asociación solidaria y c) protección y fomento por parte del Estado, hasta ahora no han tenido consagración constitucional exitosa en América Latina, salvo - quizás parcialmente- la última.

Se considera conveniente que las disposiciones sobre la Economía Solidaria se incluyan dentro de las normas programáticas o de aplicación de la Constitución, en el capítulo de los Derechos Sociales, de manera concentrada y no mediante normas dispersas a lo largo del texto Constitucional.

Debiera estipularse en las constituciones la existencia de un Sector Solidario al lado de los sectores público y privado, integrado por las diversas expresiones organizativas económicas de propiedad y gestión de los trabajadores, con plena autonomía organizativa y funcional; reconocerse expresamente el derecho de asociación solidaria y la propiedad social, solidaria o comunitaria, como forma específica y

privilegiada de propiedad, objeto de protección especial por parte del Estado.

Las constituciones debieran otorgar el carácter de utilidad pública, social o nacional a la Economía Solidaria, y la potestad de asumir la gestión de algunos cometidos públicos como los Servicios Públicos o sociales; señalar algunos principios fundamentales que lo rijan, y darle por finalidad su contribución al desarrollo integral de la Nación.

Sería conveniente que las constituciones definieran las líneas maestras de la legislación sobre la materia en ejecución de una política estatal de obligatorio apoyo y estímulo a la Economía Solidaria, de protección y preferencias, que pudiera consistir, entre otras, en las siguientes medidas: a) su participación en el sistema de planificación nacional; b) la existencia de un órgano administrativo único centralizador de la competencia estatal sobre la materia; c) la garantía de asistencia y asesoría técnica por parte del sector público; d) la obligatoriedad de financiamiento estatal suficiente y oportuno; e) un adecuado tratamiento tributario y f) la promoción de la Educación solidaria en todos los niveles educativos (García, 1994).

4. Breve evaluación de la legislación sobre economía solidaria en América latina.

Del análisis de la mayor parte de las leyes relacionadas con la economía social, solidaria o autogestionaria de América Latina, se desprenden las siguientes conclusiones:

a) La legislación sobre la Economía Solidaria en América Latina se refiere, fundamentalmente, a cooperativas. Los otros sub-sectores, en su mayor parte, no cuentan con ley propia, razón por la cual se rigen analógica y supletoriamente por la legislación cooperativa, o por las normas del derecho civil o mercantil. Sólo Honduras tiene una ley

propia para la Economía social o solidaria (1985). En Colombia (1992) se elaboró un proyecto de ley de articulación del sector que espera su aprobación en el Congreso. En Venezuela (1996) se presentó ante el movimiento cooperativo un anteproyecto de Ley Orgánica de la Economía Solidaria, que lamentablemente no ha sido objeto de discusión por el mismo. En la honorable Cámara de Diputados de México cursa un proyecto de Ley de Economía Social (1997);

b) Existe la tendencia a sancionar leyes especiales o aisladas para regular cada sub-sector (cooperativas, mutuales, empresas solidarias) o diferente para los medios rural y urbano, sin que exista una Ley general de la Economía Solidaria que determine un marco común de referencia. De esta forma, las leyes establecen para cada figura jurídica un diferente tratamiento organizacional, administrativo y fiscal. Todo ello produce incoherencia, dispersión y descoordinación, propicia el aislamiento y división de los sub-sectores y la desintegración de sus actividades;

c) En ninguno de los países de América Latina existe un marco jurídico totalmente aceptable que considere a las empresas de los trabajadores como un Sector y que posibilite el desarrollo pleno de la Economía Solidaria. La mayoría de las leyes vigentes en materia de cooperativas y mutuales se caracterizan por:

1. Ser el producto de *elaboraciones de gabinete* por parte de "expertos", en las que - en muchos casos- no se realizaron estudios previos sobre las condiciones en las que iban a regir. Además, en su formulación no participaron los sectores populares a quienes se destinaban;

2. Un exagerado *reglamentismo y carácter imperativo*, que da poco margen a elaboraciones inéditas por parte del pueblo y crea un modelo rígido. En muchos casos, las legislaciones descienden a detalles insignificantes, a la vez que constituyen cuerpos estrictos y

sumamente complejos, incompatibles con la sencillez, flexibilidad y carácter supletorio que debe presidir este tipo de legislación. En las legislaciones sobre cooperativas más recientes se nota una tendencia a revertir tal situación;

3. Otorgan *un excesivo poder a los organismos públicos de fiscalización*: tienden más al registro y vigilancia que al fomento; se confía la existencia misma de las organizaciones a la voluntad del Estado; se establecen controles y se confieren potestades públicas desproporcionadas, al punto que su autonomía real está en entredicho. La autoridad pública de aplicación está dotada de una amplísima discrecionalidad, la que, por otra parte, ejerce en forma dispersa sus facultades. Ultimamente se nota una tendencia opuesta, eliminando la existencia misma de una autoridad pública especializada para el sector (Brasil y México);

4. *Carencia de una concepción global o integral de la Economía Solidaria*: se regula el funcionamiento de las unidades de base, a veces los organismos de integración y la autoridad pública de aplicación. En líneas generales, las leyes desconocen todo su entorno normativo: derechos y preferencias, exenciones impositivas, educación, financiamiento, régimen judicial, delitos, etc. Es de notar que las más recientes leyes de cooperativas incluyen algunas normas sobre estos particulares;

5. Se observa la propensión *a restringir o desconocer derechos y preferencias* concedidas por las leyes a las cooperativas y demás formas de expresión de la Economía Solidaria, por la vía de reglamentaciones administrativas o de reformas legales puntuales. Igualmente, la necesidad de *adoptar formas jurídicas no solidarias* y sujetarse a la legislación respectiva, para poder desarrollar ciertas actividades, especialmente en el ámbito financiero.

5. Pautas para la formulación de la ley de economía solidaria.

a) Justificación :

La actividad económica de nuestros países se ha venido desarrollado tradicionalmente a través de dos sectores fundamentales plenamente identificados: el público y el privado de ánimo lucrativo. Cada uno de ellos basado en unos principios u objetivos fundamentales y regulado por un ordenamiento jurídico propio: a) el *sector Público*, que tiende a dar satisfacción al interés general o nacional y cuyo derecho aplicable es el Derecho Público, caracterizado por la primacía del Estado; b) el *sector privado* que tiene por finalidad la obtención de lucro a través de la intermediación, siendo el derecho que lo regula el Derecho Mercantil.

En los últimos tiempos se observa la actividad insurgente de un tercer sector, que ahora denominamos *Sector Solidario, Social o de Economía Solidaria*, que pese a inspirarse en valores propios y diferentes a los de los otros sectores, no cuenta con un derecho propio.

La Economía Solidaria se inspira en los valores del servicio y la solidaridad por lo que requiere de una legislación propia y adecuada. Diferente, por tanto, de la legislación mercantil - de franco espíritu individualista- o del Derecho Público - de preeminencia estatal -, dada su naturaleza no estatal, aunque pueda asumir, por delegación, algunas funciones públicas.

Al constituir un Sector diferenciado por su naturaleza, por sus fines y por sus modos de funcionamiento, que actúa en cada nación junto a los sectores público y privado, cada uno con un cuerpo legal propio, la Economía Solidaria requiere - de manera ineludible - de una legislación específica, acorde con su naturaleza diferente, ni pública ni privada, sino mera y propiamente solidaria.

Esa legislación social o solidaria ya está vigente - en partes o retazos- en los diferentes países. En efecto, las legislaciones sobre cooperativas,

mutualidades, empresas autogestionarias, solidarias o sociales de nuestros países, en diferentes grados y medidas presentan normas favorables para el desarrollo de la Economía Solidaria. Son disposiciones que efectivamente estén rigiendo; que forman parte del ordenamiento positivo vigente.

De la selección y concatenación de las disposiciones más acordes con la naturaleza solidaria y participativa del Sector, así como de las instituciones más favorables en vigencia, es posible la formulación de pautas, o de un marco "típico" por el cual se puedan orientar los proyectos, reformas o complementaciones legales que se pudieren hacer.

No se trata de armonizar la legislación, ni de uniformizar la terminología jurídica como lo plantean el Modelo de Ley Cuadro para las Cooperativas de América Latina o el Estatuto cooperativo europeo. Se trata de establecer algunas *pautas o directrices*, es decir, orientaciones, referencias o indicaciones generales que permitan, de acuerdo a las realidades y necesidades concretas y según estrategias específicas, la implementación de una legislación adecuada para el desarrollo de la Economía Solidaria en cada país.

b) *Características:*

En términos generales, las normas jurídicas de la Economía Solidaria deberían caracterizarse por:

1.- Su amplitud y flexibilidad: esto es, abarcar las más diferentes formas asociativas de la Economía Solidaria o social, evitando disposiciones rígidas o esquemas y estructuras estrictas. Deben ser, a la vez, normas lo suficientemente restrictivas que excluyan las pseudo-unidades y lo bastante amplias para que puedan aplicarse a todo tipo de unidad o Empresa Solidaria;

2.- Ser normas generales y supletorias: disposiciones que regulen sólo los aspectos más esenciales, dejando a las distintas formas o

expresiones asociativas la regulación de su funcionamiento específico, de acuerdo a sus propias y particulares condiciones, sin que ello impida establecer algunas normas imperativas básicas que garanticen la identidad solidaria ;

3.- De ser posible, tratarse de una Ley “marco” de naturaleza orgánica, sectorial o reglamentaria de la Constitución, de manera de otorgarle estabilidad y preeminencia a sus normas y que impida que los principios y caracteres definidos en las mismas puedan ser desconocidos o menoscabados por leyes especiales posteriores.

Puede tratarse de una Ley amplia y completa que establezca el conjunto de principios, características e instituciones genéricas del Sector y que, en su propio texto contemple los distintos sub-sectores que lo componen, o la posibilidad de una Ley genérica, que permita el dictado de leyes particulares o especiales para cada sub-sector, ajustadas a aquélla.

Otra vía pudiera ser el dictado de una Ley que configure solamente los principios y organismos fundamentales de la Economía Solidaria, dejando en vigencia las leyes particulares que regulan sub-sectores o aspectos parciales.

4.- La garantía de la autonomía e independencia de la Economía Solidaria: el reconocimiento de su capacidad para autodirigirse y autocontrolarse por medio de sus organismos de integración, liberándolo de toda injerencia externa pública o privada y permitiéndole realizar todo tipo de actividad socioeconómica lícita, en igualdad de condiciones con el sector privado, sin más limitaciones que el orden público y los principios generales de la Economía Solidaria.

5.- Dado el carácter de utilidad pública e interés social que tiene la Economía Solidaria, disponer de un adecuado marco de protección y fomento del Estado para su desarrollo y consolidación, por medio del establecimiento de derechos, beneficios y exenciones impositivas,

pudiendo tener carácter temporal el régimen de preferencias que le otorgue la ley.

6. Principales institutos jurídicos de una ley de economía solidaria.

A continuación se presentan los lineamientos fundamentales del posible contenido de una Ley que regule la Economía Solidaria, en el entendido que los proyectistas acogerán las sugerencias normativas que se formulan, según los requerimientos y posibilidades concretas de cada situación particular.

a) Disposiciones fundamentales:

En un capítulo inicial la Ley fija los *aspectos básicos* de la misma: sus objetivos, los principios básicos de la Economía Solidaria, su definición y los valores y principios que la guían; indica las organizaciones y empresas que la componen y determina el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley a toda actividad solidaria realizada por las empresas y organizaciones que componen la Economía Solidaria, esto es, regula el acto solidario.

Establece el orden de prelación de las *fuentes* jurídicas aplicables, a saber: las normas imperativas de la Ley, los convenios internacionales en la materia, las normas emanadas de los organismos de integración, las normas internas de cada una de ellas, los principios generales de la Economía Solidaria y los del derecho privado que le fueren compatibles. Excluye su reglamentación por el Poder Ejecutivo Nacional, otorgándola al propio sector a través del Consejo Nacional de la Economía Solidaria.

Permite a sus componentes realizar todo tipo de *operaciones* lícitas, en igualdad de condiciones con las demás empresas y dicta normas generales sobre la integración, el trabajo, la formación y la propiedad solidaria.

b) *Regulación de la Empresa Solidaria de base:*

En un siguiente capítulo la Ley regula la Empresa Solidaria de base o de primer grado a través de tres tipos de disposiciones: *imperativas*, pocas, por cierto, que establecen las normas de impremitible cumplimiento para que una empresa sea considerada como solidaria; *indicativas* que refieren a cada Empresa Solidaria la regulación en sus normas internas de los contenidos que ellas establecen y *supletorias* que se aplican en defecto de las anteriores.

1.- *Define la Empresa Solidaria* como cualquier forma asociativa que cumpla con los principios generales de la Economía Solidaria y los definidos por los organismos internacionales que las afilien y que se inscriban en el Registro Nacional de la Economía Solidaria. Así, serán Empresas Solidarias las cooperativas, cajas o fondos de ahorro, de crédito, mutuales, empresas comunitarias, asociaciones, sociedades civiles y demás formas asociativas que se inscriban como tales en el Registro Solidario.

2.- Regula el *período de promoción* a través de las formas previas, entendidas como entidades de gestión simplificada que permiten la inmediata organización de iniciativas solidarias de autoayuda y la etapa de promoción o período inicial de constitución de una Empresa Solidaria con la posibilidad del inicio inmediato de operaciones socioeconómicas, pero sin efectos frente a terceros.

3.- Reglamenta el *procedimiento de constitución* de la Empresa Solidaria: reduce el número mínimo de miembros necesario para hacerlo y permite un mínimo número de ellos, si así fuese autorizado expresamente; simplifica los trámites formales a una mera asamblea de fundación y su consecutivo reconocimiento jurídico mediante su inscripción como Empresa Solidaria en el Registro especial. Presume que adoptan los modelos de normas internas propuestos por los organismos de integración si no aprueban normas internas propias. La Ley permite la operación de Empresas Solidarias extranjeras,

binacionales e internacionales en igualdad de condiciones con las nacionales, sin el requisito de la reciprocidad.

4.- Establece el *principio de la doble condición*, según el cual todo miembro es a la vez copropietario y usuario o trabajador de la Empresa Solidaria; garantiza el derecho a gozar de los servicios sociales a los familiares de los miembros, si éstos lo autorizan; define la figura el miembro adherente; amplía y refuerza el régimen de responsabilidad patrimonial de los miembros y directivos por las operaciones sociales en cuantía y tiempo. Precisa los *deberes y derechos* de los miembros, especificando los de participación en las operaciones sociales y el derecho de información; incorpora el derecho de receso como causal de pérdida de la condición de miembro y la transmisión hereditaria de la misma; somete a conciliación y arbitraje interno las sanciones y la exclusión de los miembros descongestionando al órgano deliberante de su conocimiento; regula el reintegro de los aportes sociales y crea la figura de los aportantes externos.

5.- Con relación a la *estructura organizativa*, permite que las Empresas Solidarias adopten la que mejor convenga a sus necesidades siempre que constituyan un órgano deliberante y un representante legal; autoriza la constitución temporal de un órgano único y de órganos unipersonales en Empresas Solidarias de pequeñas dimensiones. Determina las competencias que puede delegar el *órgano deliberante*; limita la representación en el mismo a una por miembro, impidiendo la representación de los directivos; autoriza la participación de los aportantes externos, de los trabajadores y de los usuarios permanentes; regula la impugnación de los acuerdos sociales, siempre que se agote la vía interna y establece las condiciones para la reunión en segundo grado.

Constituye el *órgano directivo* con participación de los diversas categorías de miembros, de los asalariados y de los aportantes externos y autoriza la delegación temporal de las atribuciones de mero trámite en el órgano ejecutivo o en otra Empresa Solidaria; permite la creación

de secciones dotadas de autonomía funcional en la gestión ordinaria y con patrimonio afectado a sus operaciones; hace obligatoria la constitución de un órgano educativo y del órgano de control interno, al que se le faculta expresamente para intentar Juicio de Cuentas contra quienes estuvieren en la obligación de rendirlas.

Crea el cargo de *Contralor Interno*, profesional o Empresa Solidaria, especializado en el examen económico, administrativo, financiero y contable; establece el órgano de conciliación y arbitraje interno para la resolución de los conflictos previa a la vía judicial; permite la composición colectiva del órgano ejecutivo, prohíbe remunerar a sus integrantes según el volumen de las operaciones sociales y obliga la constitución de garantías a quienes manejen valores sociales.

6.- Amplía la duración de los *directivos* en el ejercicio de sus cargos; permite remunerarlos con anticipos a cuenta de los excedentes y precisa su régimen de responsabilidad, distinguiendo los casos en que es solidaria por los acuerdos que adopten, de los actos "ultra vires" y de los que excedan de su competencia, de la personal en el ejercicio de las atribuciones que les son propias.

7.- Restringe el empleo de *asalariados* sólo a las Empresas Solidarias de obtención de bienes y servicios; los sujeta al régimen laboral ordinario aún cuando tuvieren la condición de miembros, a menos que se trate de trabajo voluntario a tiempo parcial por razones de interés social o de experiencias colectivas.

Obliga el establecimiento de *sistemas de seguridad y protección social* para los miembros y directivos que presten trabajo personal a la Empresa Solidaria, la que sólo a tales efectos se le otorga la condición de patrono.

8.- Refuerza el *régimen patrimonial* de la Empresa Solidaria de manera de hacerla más confiable desde el punto de vista patrimonial.

Según sus características particulares, permite que el capital sea fijo, variable, limitado o ilimitado; exige un capital mínimo según el estudio de viabilidad, la mayor parte de mismo, por lo menos, aportado por los miembros.

Establece topes al *aporte económico* de cada uno los miembros según el monto del capital social, obligando a pagar efectivamente determinado porcentaje al momento del ingreso, calculado por salarios mínimos u otras formas alternativas; permite su remuneración con intereses, con participación en los excedentes o combinaciones de ambos y les da al aporte el carácter de patrimonio familiar, inembargable salvo en caso de alimentos.

Permite representar los aportes con *títulos* de diversos tipos, emitidos nominativamente o a nombre de la comunidad familiar y su transmisión entre miembros, excepto por los directivos, quienes los mantienen congelados mientras ejercen sus cargos.

Autoriza la emisión de *títulos participativos, de inversión, a riesgo o preferenciales* hasta una parte minoritaria del capital social, adquiribles por otras Empresas Solidarias y terceros, con derechos de participación limitados, remunerados y transmisibles, según las normas que al efecto dicte el Consejo Nacional de la Economía Solidaria.

Permite *actualizar anualmente el patrimonio social* siempre que se hubieren obtenido excedentes y que sus recursos se destinen a fondos irrepartibles o a actualizar aportes, así como regula el proceso de reducción del capital, según las normas que dicte al efecto el Consejo Nacional de la Economía Solidaria.

Establece la *forma de imputar los excedentes* generados por venta de activos, operaciones con terceros, actos "ultra vires", liberalidades recibidas, inversiones y por acuerdos de concentración empresarial; hace obligatoria la creación de fondos para amortizar activos, para las

prestaciones de los asalariados y los demás que acuerde la Empresa Solidaria.

Hace obligatoria la constitución de la *reserva legal* para la cobertura de eventuales pérdidas y la reposición del capital. y le destina parte de los excedentes, salvo en los primeros años que debe ser superior Le da carácter de irrepartible e indisponible para otros destinos.

Obliga la constitución de un *fondo de educación* con parte de los excedentes y de un fondo de capitalización social de propiedad colectiva, con una parte importante de los excedentes, aumentado en los primeros años de existencia social.

Deja a la Empresa Solidaria en libertad para regular la *distribución de los excedentes restantes* según los servicios percibidos por los miembros, su trabajo personal, los haberes de los miembros en las de Ahorro y Crédito, o capitalizarlos, distribuirlos, reinvertirlos o destinarlos en favor de la colectividad.

Determina el sistema para cubrir las *pérdidas* del ejercicio de acuerdo a un proyecto elaborado al efecto. Permite imputarles la mayor parte de la reserva legal acumulada y de los siguientes ejercicios; de los excedentes de los próximos ejercicios y la absorción de los aportes de los miembros, los que deben cubrirlos en los años siguientes. Prohíbe cubrir pérdidas con revalorización de activos y repartir excedentes hasta tanto no fueren cubiertas, quedando obligados los miembros por ellos.

9.- Permite llevar la *contabilidad* por sistemas automatizados y que otras Empresas Solidarias lo hagan por ella; obliga a conservar los libros y registros por determinados años y enumera los órganos y entidades publicas a quienes debe exhibirlos.

Impone la formulación de *estados financieros* periódicos y su aprobación por el órgano deliberante, la que exime a los directivos de

responsabilidad, salvo que medie fraude en su elaboración. Su desaprobación impone la reformulación, la realización de auditoría y una nueva reunión del órgano deliberante.

Establece la necesidad del *Balance Social* que registre las dimensiones sociales, educativas y culturales de la Empresa Solidaria y los servicios prestados a sus miembros, sus usuarios y a la comunidad.

Hace obligatoria la *auditoría* periódica, la que es practicada preferentemente por una Empresa Solidaria especializada u organismo de integración. Obliga a realizar procesos de planificación y presupuesto y propende a la formulación de planes estratégicos de desarrollo de largo plazo.

10.- Con relación a la *transformación de forma societaria*, simplifica la reforma de las normas internas; regula la fusión entre Empresas Solidarias o de otra forma jurídica a una Empresa Solidaria; crea las figuras de la escisión y de la segregación como mecanismos de división de Empresas Solidarias y autoriza la conversión de una forma jurídica solidaria o no a otra solidaria, pero la prohíbe hacia fuera del sector. En estos casos autoriza la disolución sin liquidación.

Estimula a los *trabajadores de las empresas en proceso de cierre* o en los procedimientos de privatización, a asumir su propiedad y gestión, cumpliendo los requisitos y procedimientos que establece.

11.- Incluye como causales de *disolución* no tener vida asociativa por un periodo determinado; la no reposición de activos por los miembros dentro de un plazo perentorio y la incompetencia manifiesta en la gestión social. Obliga la adopción de medidas previas a la disolución como el redimensionamiento, la administración externa, procesos de fusión, escisión, segregación o conversión, la participación en convenios de concentración empresarial y la recapitalización.

Estatuye dos tipos de *liquidación*: la amigable y la compulsiva, esta última pronunciada por la autoridad judicial, la que designa la comisión liquidadora. Establece las normas por las que se rige la liquidación, limita la remuneración de los liquidadores al importe de las remuneraciones de los directivos y determina taxativamente el orden de pagos en la partición.

c) Tipos de Empresas Solidarias:

La Ley deja a los miembros en libertad de diseñar o seleccionar el tipo y características particulares de su Empresa Solidaria y de cumplir los objetos o actividades que más les convengan. Establece a mero título indicativo los tipos de Empresas Solidarias de obtención, de producción, mixtas, educativas y de seguros.

1.- Define los tipos principales de Empresas Solidarias *de obtención* de bienes y servicios de la manera siguiente:

De *consumidores*, cuyo objeto es la adquisición y suministro en común de bienes, servicios e insumos para el uso y consumo personal y familiar;

De *comercialización y mercadeo* que pueden recibir, almacenar, conservar, elaborar, transformar, industrializar, distribuir, colocar, consignar y vender bienes y servicios suministrados por sus miembros;

De *ahorro y crédito* que tienen por objeto fomentar la práctica del ahorro entre sus miembros, concederles préstamos en condiciones ventajosas y otorgarles otros beneficios socioeconómicos. Permite que personas no miembros depositen sus ahorros en ellas. Establece los principios por los cuales se rigen los préstamos;

Integradas, concebidas como sistemas de apoyo a los medianos y pequeños empresarios y a los micro-empresarios, con el objeto de fomentar sus establecimientos individuales y posicionarlos en el mercado.

De *vivienda*, que tienen por objeto dotar de vivienda a sus miembros en forma solidaria, bajo sistema de propiedad, uso o arrendamiento, así como servicios de mantenimiento y conexos;

2.- Regula las Empresas Solidarias de *producción o de prestación* de bienes y servicios, a través de dos formas principales:

De *trabajo-asociado* en la que los miembros trabajan en común en sus actividades productivas. Prohíbe el trabajo asalariado salvo casos excepcionales y los remunera con anticipos a cuenta de los excedentes. Su relación social no es laboral, sino meramente asociativa, regulada por las normas internas.

De *servicios*, especialmente de profesionales y técnicos, cuyo objeto es la ejecución de actividades de investigación, capacitación, asesoría y de servicios en general. Dentro de ellas se prevén las Empresas de Trabajo, cuya función es organizar la fuerza laboral de sus miembros destacándolos en otras empresas usuarias, sin que haya relación laboral con éstas.

3.- Prevé las Empresas Solidarias *Mixtas*, que ejercen conjuntamente actividades de producción y de prestación de bienes y servicios. Entre ellas se regulan:

De *transporte*, cuyo objeto es la prestación de servicios de transporte y los complementarios a sus necesidades. Pueden estar organizadas por prestatarios profesionales o por usuarios. En el primer caso, todos los miembros deben ser trabajadores-asociados y ninguno puede tener por sí mismo o a través de interpuesta persona más de un pequeño porcentaje de la capacidad total de transporte de la Empresa Solidaria. La misma se hace solidariamente responsable junto al miembro-propietario de la unidad de transporte que emplee a un miembro no propietario;

Sanitarias, cuyo objeto es la prestación u obtención de servicios de salud o de asistencia sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones. Pueden estar constituidas por prestatarios profesionales de servicios de salud, bajo el régimen de trabajadores-asociados, por los usuarios de los mismos, o por ambos;

De *integración social*, cuyo objeto es la promoción humana y la inserción laboral e integración social de personas discapacitadas. Pueden ser de prestatarios, de los propios discapacitados o de ambos;

Culturales y recreativas que tienen por objeto la prestación u obtención de servicios culturales, deportivos, recreativos, de turismo y de enaltecimiento humano en general;

De *Servicios Públicos*, constituidas por personas dedicadas a la prestación de uno o varios de ellos por contratos de concesión, arrendamiento o usufructo de la Autoridad Pública correspondiente, por los usuarios de los mismos o por ambos;

De *Entidades Públicas*, a la manera de las “regies cooperatives” integradas por entidades publicas que utilizan la forma solidaria para la prestación de servicios públicos o para la ejecución de programas de utilidad o interés colectivo.

Agrarias, entendidas como Empresas Solidarias que tienen por objeto producir, prestar u obtener bienes y servicios de cualquier tipo para la mejoría de las condiciones de vida en el campo y el desarrollo agrario en general.

4.- Regula las *Empresas Solidarias educativas*, estableciendo las empresas escolares y las educativas:

Las *escolares* constituidas por los educandos de cualquier nivel educativo con la asesoría de los educadores y cuyo objeto es colaborar

en el proceso de enseñanza-aprendizaje y la formación solidaria de los alumnos;

Las empresas *educativas* constituidas por los educadores, los padres y representantes de los alumnos o de ambos, cuyo objeto es establecer planteles educativos de educación preescolar, básica, media, diversificada, técnica y superior.

5.- Permite la organización y el funcionamiento de empresas solidarias de *seguros* cuyo objeto exclusivo consiste en realizar operaciones de seguro de todo tipo, en igualdad de condiciones con las demás empresas de seguros y que se regulan por las disposiciones especiales dictadas por la Autoridad Pública en materia de Seguros y el Consejo Nacional de la Economía Solidaria.

d) *Integración solidaria:*

1.- La Ley regula los *organismos de integración* que pueden constituir las Empresas Solidarias, dejándolas en libertad de adoptar la forma, tipo y estructura interna que mejor les convenga para la realización de actividades comunes, aunque limitando a un solo organismo nacional de integración por tipo.

Confiere a las Empresas Solidarias la definición de los objetivos, políticas y operaciones de sus organismos de integración, permitiendo que algunas de sus afiliadas sean personas colectivas no solidarias de naturaleza similar.

Remite a las normas internas la fijación de sus atribuciones y funciones, aunque dispone algunas de ellas: definir políticas y estrategias, asumir de pleno derecho la representación de sus afiliadas, ejercer funciones de fiscalización y control de las mismas, intervenir sus operaciones, ser instancia de conciliación y arbitraje y realizar operaciones económicas

siempre que no le hiciesen competencia desleal o ruinosa a sus afiliadas.

2.- Faculta a las Empresas Solidarias para constituir *agrupaciones de colaboración empresarial* como grupos de empresas, consorcios, conciertos o corporaciones y a celebrar convenios permanentes o temporales entre sí para efectuar operaciones conjuntas o prestar servicios en común. Lo permite con empresas no solidarias cuando fuese necesario para el cumplimiento de su objeto, si se cumplen las condiciones establecidas al efecto.

Permite crear *Instituciones Auxiliares* como empresas de naturaleza similar constituidas por profesionales y técnicos con el objeto de realizar actividades de asesoría al sector.

3.- Crea el *Consejo Nacional de la Economía Solidaria* como entidad suprema rectora del sector en el país, define sus objetivos, asegura la participación de todas las formas solidarias en el mismo, dispone su estructura organizativa interna y precisa sus atribuciones. Le otorga la potestad reglamentaria de la Economía Solidaria, la representación legal del sector y el conocimiento de los recursos administrativos.

4.- Constituye el *Fondo Nacional de Desarrollo de la Economía Solidaria* como entidad propia del sector, cuyo objetivo es promover su desarrollo y consolidación por medio de la orientación de sus inversiones, el otorgamiento de créditos y la prestación de garantías para proyectos productivos. Y cuyos miembros sean las Empresas Solidarias y organismos de integración que hicieren aportes económicos al mismo.

Define los criterios a seguirse para su administración, los que deben ser compatibles con su naturaleza solidaria. La Ley dota al Fondo de un amplio margen de operaciones que le permita actuar como una verdadera institución financiera para el sector.

e) Relaciones con los sectores publico y privado:

1.- La Ley regula las relaciones de la Economía Solidaria con el *Sector Público*: le otorga la facultad de estar representada en todas las instancias públicas relacionadas con su actividad; permite a las Empresas Solidarias recibir y administrar los subsidios y beneficios que los entes públicos acuerden con carácter general; en igualdad de condiciones con las demás empresas; les confiere preferencia para la explotación de Servicios Públicos, participación en licitaciones, concursos, adjudicaciones directas de contratos públicos y en los procesos de privatización.

2.- Establece un sistema de *exenciones impositivas* a los componentes de la Economía Solidaria; declara expresamente que las actividades y operaciones de los mismos no tienen el carácter de Renta, por lo que no hay base imponible que pudiese generar Impuesto sobre la Renta y declara la exención de los demás impuestos que ella misma enumera. Dispone que las exenciones impositivas otorgadas en razón de la naturaleza solidaria del sector se perderán si se incurre en las causales previstas y según el procedimiento establecidos al efecto.

3.- Regula las relaciones de la Economía Solidaria con el *Sector Privado*, entre los que cabe destacar: la entrega a las Empresas Solidarias de propiedad y gestión de los trabajadores, de los aportes que los patronos les reconozcan, en los plazos fijados al efecto; el traspaso a la Economía Solidaria de los comisariatos y proveedurías constituidos a favor de los trabajadores, a solicitud de los mismos; facilidades para la constitución y funcionamiento de Empresas Solidarias entre los trabajadores de la empresa y normas de protección al mercado solidario contra maniobras fraudulentas.

f) Control publico de la Economía Solidaria:

1.- La Ley crea el *Instituto Nacional de la Economía Solidaria* como

Instituto Autónomo adscrito al Ministerio del Trabajo que ejercerá las atribuciones y funciones asignadas actualmente a las autoridades públicas de aplicación en materia de cooperativas y demás formas asociativas, cuyas partidas presupuestarias se le traspasan.

El Instituto es dirigido por un consejo directivo integrado por representantes designados por el Consejo Nacional de la Economía Solidaria. Tiene a su cargo la definición de las políticas estatales en la materia; coordina las actividades públicas relativas al sector, crea condiciones favorables para su crecimiento y consolidación y ejerce funciones de fiscalización y vigilancia suprema del mismo a través del Director Ejecutivo, quien es designado por un determinado número de años.

2.- Establece las sanciones que puede imponer el Instituto a los directivos y a las empresas solidarias que infrinjan las disposiciones legales y sus normas internas, así como los procedimientos a seguirse, constituyendo como parte a los organismos de integración.

Atribuye al Consejo Nacional de la Economía Solidaria el conocimiento de los recursos administrativos, dándole el carácter de admitidos a los que no fuesen decididos dentro del plazo legal.

3.- Enumera las causales por cuya incursión las Empresas Solidarias pierden los derechos, preferencias, beneficios y exenciones fiscales, el procedimiento respectivo y la intervención legal de las mismas.

g) Registro y régimen judicial:

1.- La Ley crea el *Registro Nacional de la Economía Solidaria* dotado de autonomía funcional y adscrito al Consejo Nacional, quien reglamenta su organización y funcionamiento, basado en los principios de publicidad, formalidad, celeridad y economía. Le fija como objetivos

registrar la constitución de los organismos que forman la Economía Solidaria, certificar sus actos y documentos, llevar sus estadísticas y el censo nacional solidario.

2.- Otorga la *jurisdicción* de la Economía Solidaria a los Jueces locales, a quienes atribuye competencias en la materia, entre otras: de autenticación y reconocimiento legal, el conocimiento de conflictos una vez agotada la vía interna y de los recursos judiciales, de las relaciones con los demás sectores, de los juicios de cuentas.

3.- Dispone que los juicios en que intervengan los organismos solidarios se tramiten según el *procedimiento* breve o sumario previsto en las leyes de Procedimiento Civil; constituye a los organismos de integración como partes en los mismos; le da el carácter de ejecutivos a los títulos emitidos por las Empresas Solidarias y valor probatorio a las actas levantadas por el Instituto Nacional de la Economía Solidaria y a los informes de los organismos superiores del sector.

4.- Crea la figura del *Amparo judicial* contra la violación de los derechos, beneficios y prerrogativas concedidas por la Ley a la Economía Solidaria, sujetando el procedimiento a la legislación general sobre Amparo de los Derechos y Garantías Constitucionales en lo que fuere aplicable.

5.- Considera de orden público a los *delitos y a las faltas o transgresiones menores* que se cometan contra los organismos de la Economía Solidaria. Asigna la tramitación de las faltas a los Jueces locales según el Procedimiento establecido para las Faltas y otros Delitos menores previsto en las leyes de procedimiento penal. Sanciona con multas calculadas según el monto del salario mínimo o arresto proporcional a los responsables de faltas contra las Empresas Solidarias.

6.- Tipifica, con el carácter de faltas o transgresiones menores, sin que por ello les desconozca que, por su propia naturaleza fueren delitos, las

siguientes conductas, las que describe minuciosamente: el prevailecimiento de la condición de directivo, el uso indebido de los bienes sociales, la comisión de irregularidades graves en la contabilidad y en los estados financieros, así como la simulación de Empresa Solidaria.

7. REFERENCIAS

1. *Anteproyectos de Leyes de Economía Social o solidaria de Colombia (1992), Venezuela (1996) y México (1997).*
2. Bernal A. (1996). *Interrogantes sobre un orden económico alternativo y el sistema de Economía Autogestionaria*, Bogotá, DIEP-CGTD.
3. García, A. (1994) *La Economía del Trabajo (Social o Solidaria) en las Constituciones de América Latina*, Bogotá, Cupocredito y Anuario de Estudios Cooperativos (1995), Instituto de Estudios Cooperativos, Universidad de Deusto.
4. Garcia, A. (1996). *Marco Jurídico de la Economía Solidaria*, Caracas, UTAL.
5. *Leyes de Cooperativas, de mutuales y otras formas asociativas de la totalidad de países de América Latina.*
6. Montolio, J. (1990). *Legislación Cooperativa en América Latina. Situación, Derecho Comparado y proceso de armonización*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
7. Munkner, H. (1989). *Legislation et cultures, Les relations Etat-Cooperatives*, Sherbrook, IRECUS.

Marco jurídico de la economía solidaria en Latinoamérica

8. Munkner, H. (1995). *La legislación cooperativa y la función reguladora del Estado*, Ginebra, OIT.
9. Organización de las Cooperativas de América, OCA. (1988). *Proyecto de Ley Marco para las cooperativas de América Latina*, Bogotá, América Cooperativa.
10. Verano, F. (1995). *La Economía Solidaria: una alternativa frente al Neoliberalismo*, Bogotá, COLACOT.

LA COSTUMBRE JURÍDICA INDIA COMO SISTEMA DE DERECHO

Carlos Durand Alcántara
Universidad de Chapingo, México

1. Introducción.

Por primera ocasión en sus resolutivos de 1994 la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas¹ reconoció que las prácticas jurídicas de los pueblos indios del mundo, **constituyen sistemas de derecho**. Al respecto el Artículo Cuarto de la Futura Declaración Universal de Derechos de los pueblos indígenas establece: "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, **así como sus sistemas jurídicos (...)**".

Esta nueva adecuación de los derechos indígenas advierte, contrario sensu a los fines de la globalización, que el Estado postmoderno capitalista reconocerá la existencia de diversos sistemas de derecho que confluyen conjuntamente con el hegemónico, a lo que algunos autores han denominado como el pluralismo jurídico, sin embargo habrá que cuestionar ¿en qué medida dentro de su mismo territorio la soberanía del Estado permitirá la aplicación -eficaz- de diversos sistemas de

• Durand Alcántara, Carlos, Profesor – Investigador, Universidad autónoma de Chapingo, México.

¹ Nos referimos a la 46ª sesión de la subcomisión de lucha contra las medidas Discriminatorias y de protección de las minorías y conforme al informe del Grupo de Trabajo sobre las poblaciones indígenas E/CN.4/Sub.2/1994/2/add.1, 20 de abril de 1994.

Desde sus inicios la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U. que fuera presidida por el distinguido jurista Abjorn Eide orientó la adecuación del derecho indígena como costumbre, Cf. Borrador de la Declaración de los Derechos Indígenas del año de 1985 y las subsecuentes reelaboraciones del documento hasta el año de 1993.

derecho?²; en este caso los que corresponden a los pueblos indios. Es evidente que en el fondo de este debate subyace un problema de poder.

De esta manera, constituye un reto para los científicos sociales, para el movimiento indio y sus intelectuales orgánicos establecer los argumentos que con suficiencia expliquen esta nueva adecuación de los "otros sistemas de derecho" y su viabilidad en el mundo postmoderno, aspecto que de alguna manera contribuirá al fortalecimiento del marco conceptual de la futura Declaración de los Derechos Indios, por parte de la Asamblea General de la ONU.

2. El Sujeto social indígena y la aplicación de sus sistemas de derecho.

¿Quiénes son los sujetos sociales indígenas, comunidades, pueblos y naciones indias a quienes corresponde esta nueva adecuación sistemática de sus derechos?. Tradicionalmente lo indio-indígena se ha explicado con relación a los habitantes originarios de América y sus descendientes, sin embargo, esta categoría - llamémosle descriptiva (lo indio)- guarda una connotación mucho más amplia, que lo propiamente americano, así bajo una concepción universal la ONU señala:

"Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquéllos que (...), se consideran a sí mismos diferentes de otros sectores de la población (...). Por el momento ellos no son parte de los sectores dominantes de la sociedad y están decididos firmemente a mantener sus territorios ancestrales y su identidad étnica".³

² Para Jean Carbonier la coexistencia de un derecho estatal y otros derechos no puede ser sino una alusión. Esta coexistencia no responde sino a un pluralismo jurídico por sobrevivencia, Cf. Carbonier, Jean, *Sociologie Juridique*. PUF, París, 1978, pp. 210-214, Cit. González Galván, *Derecho Indígena*. México, 1996, p. 10.

³ Human Rights Internet, for the record. Indigenous Peoples and Slavery in the United Nations. *A special report of two working groups of the human rights*. Sub-Comission, Ottawa, August, 1991, p. 6.

Conforme a esta concepción los "pueblos indígenas" se encuentran en los cinco continentes⁴ y en más de 75 países. Así los "ainu" y "barakumin" de Japón, los "dai", "miao", "yi", "yugur", "kirguiz" -entre otros- de China.⁵ Los "adivasi" de la India,- los "papúas", los "dayak", los "penán" y los "aetas" en Asia suroriental, los "pigmeos batawa" y "twa" de Ruanda e inclusive, los aborígenes de Australia o los "inuit" de Alaska, Canadá y Groenlandia, son indígenas. La otrora vieja concepción de reconocer a lo "indio" como lo americano hoy carece de fundamento. Los "casi mil", pueblos de América, no representan tan sólo sino una cuarta parte de la población indígena del mundo. Así, el 90% de la diversidad cultural en el mundo se debe a los pueblos indígenas. Más o menos 250 millones de personas, es decir, el 4% de la población mundial, pertenecen a uno de los grupos indígenas sobrevivientes.⁶

3. Hacia una adecuación epistemológica del Derecho Indígena.

Siguiendo a Werner Krawietz⁷ concebimos que en la teoría general del

⁴ Como enunciado el término indígena se incorporó en el año de 1762 en el Dictionaire del' Acadèmie Francaise; el que al respecto señala "Indigene. Subst'l se ditdes natural de un pays"; Cf. Alcides Reissner, *El Indio en los Diccionarios*, Ed. INI, México, 1980.

⁵ Cf. Dai Cha fou, *Las Nacionalidades en China: Demografía y Política*, en Etnias de Oriente y Occidente, CONACULTA, México, 1991, pp. 79-92.

⁶ Sin embargo, según un estudio del Massachusetts Institute of Technology (MIT) en la próxima generación desaparecerá la mitad de los 600 idiomas que actualmente se hablan en el planeta, 3000 lenguas están marcadas para morir, porque ya ningún niño las habla. Nada más en Papia Nueva Guinea, se hablan 800 diferentes idiomas, en Indonesia aproximadamente 240, en toda África más de 800. Según el MIT, solamente 300 lenguas de este tesoro lingüístico tendrán un cierto futuro. Eso es un desastre para la humanidad. Porque con cada idioma que desaparece, se diluye una cultura local y perdemos un mundo. Nociones filosóficas y religiosas irremplazables y generaciones de conocimiento sobre la vida en la tierra se pierden. Cf. Fabig Heike y Verheyen, Luc., Inheemsens. In de Uvvrlijn van de ontwikkeling, De Wereld Morgen. Maandblad voor Intemationale Versténdhouding en Ontwikkelingssamen working, Bruselas, 1993 (29), núm. 5, p. 4.

⁷ KRAWIETZ, Zum Paradigmenwchsel im Juristischen Methodenstreit, en, del mismo autor, Kazimierz Opalek y otros (comps) *Argumentation and Hermeneutik in der Jurisprudenciz*, Berlin, 1979, pp, II 3-152 y 181.

Derecho existe una nueva visión metodológica, epistemológica y paradigmática del Derecho, la que acude en buena medida a una **interpretación sociológica del Derecho**, y que surge como una crítica a la dogmática jurídica, cuyo fundamento es el de la comprensión de los fenómenos jurídicos a partir de la praxis jurídica.

La discusión central de este ensayo se ubica en intentar explicar el significado peculiar que adquieren las relaciones jurídicas que se desarrollan en el medio indígena, y si a partir de esto es viable reconocer al Derecho consuetudinario indio como un "sistema legal".⁸ Una Segunda fundamentación radica en ubicar la existencia de formaciones sociales en las que subyace un modelo pluralista de derecho.

La construcción epistemológica de los sistemas de derecho indígena, forma parte de un conjunto de categorías más amplias como lo son entre otras, la cosmovisión y la cultura de los pueblos indígenas, las que a su vez nos permiten reconocer la identidad grupal que subyace en cada uno de ellos.

De esta manera, al identificar al sistema de derecho indígena es indispensable adecuarlo en el medio sociocultural en que se conoce y aplica.

⁸ Para fundamentar el concepto de sistema legal recogemos a la escuela contemporánea del derecho francés la cual define que: "Cada derecho constituye de hecho un sistema, emplea un cierto vocabulario, correspondiente a ciertos conceptos; agrupa las reglas en ciertas técnicas para formular las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; está ligado a una cierta concepción del orden social, que determina el modo de ampliación y la función misma del derecho". Si bien dentro de los marcos estructural-funcionalista, esta categorización nos permite acercarnos a la delimitación de nuestro objeto de estudio. Cf. David, René y Camille Jauffret, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1988, p. 20.

Las investigaciones acerca de los sistemas normativos jurídico-indígenas, es decir, la explicación integral del conjunto de reglas, principios, normas, acciones, procedimientos y órganos ejecutores- del derecho indígena, no han alcanzado su plena madurez.

Entre los esfuerzos más significativos se encuentran: la escuela holandesa de derecho consuetudinario, la que propuso la creación de la Commission on Folk-Law and Legal Pluralism. Entre los trabajos de esta escuela destacan: John Griffiths, et al., *Anthropology of law in the Netherlands. Essays on Legal Pluralism* (1986). En la escuela anglófona, los trabajos de Laura Nader, *The Anthropological Study of Law* (1965), y *On Studys the Ethnography of Law and its Consequences*. En Asia, *Asia Indigenous-Law*, de M. Chiba (1986); sobre el derecho consuetudinario africano, *Ideas and Procedures in African Customary Law*, de Max Glukman; En Francia, los trabajos en esta área se desarrollan principalmente en el Laboratoire de Antropologie Juridique dirigido por Michel Alliot y Etienne Leroy y en el Centre Droit et culturef (1977), dirigido por Raymond Verdier. En Australia, los trabajos de Irene O'Connell. En América Latina los trabajos de Rodolfo Stavenhagen; en Guatemala las investigaciones del Dr. Rolando López Godínez y finalmente en México, los trabajos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, encabezados por el Dr. Jorge Alberto González G. y la Universidad de Chapingo a través del Doctorado de Sociología Rural, correspondientes al Proyecto de Pueblos indios.

3.1. Algunos argumentos metodológicos para la comprensión de los sistemas de derecho indígena.

A nuestro parecer, el tratadista del fenómeno en cuestión cuenta con tres fundamentaciones metodológicas:

- a) La del marxismo que se fundamenta en el "formen" (modo de producción) y sus respectivas relaciones de producción,

las cuales interaccionan con una superestructura históricamente determinada;

b) La estructural-funcionalista que interpreta a la naturaleza de los fenómenos culturales como funciones organizadas en instituciones y dirigidas por lo general a la resolución de una determinada necesidad particular. Bajo esta óptica, el sistema de derecho indígena pretende mantener el "orden social y la unidad del grupo"; y

c) El enfoque simbólico, que se sustenta en la idea de las prácticas jurídicas como símbolos que generalmente contienen un significado que nos lleva a áreas más allá de las prácticas. Consecuentemente las confrontaciones son símbolos que expresan la jerarquía social y la cosmovisión, de alguna etnia en particular.

Nuestro objeto de estudio se ubica en los márgenes de la Teoría General del Derecho y del Estado, así como en el campo de la Antropología (y dentro de ésta la etnología) y, desde luego, de la Sociología Jurídica. De esta manera advertimos un enfoque transdisciplinario del estudio del sistema de derecho indígena).

Con todas las dificultades que ello representa, dado el objeto de estudio planteado, procuraremos construir una visión que ambiciosamente llamaremos "holística", en la que es relevante la categoría de cultura, circunstancia que nos ubica en el marco de la antropología jurídica y de la sociología jurídica.

Tarea compleja resulta la de asentar formulaciones acabadas en torno al fenómeno en estudio; sin embargo, una vez que se ha establecido el aserto, respecto de la existencia del derecho indígena, se explicarán algunos de los aspectos que resultan trascendentes en su adecuación.

El estudio de las normatividades indígenas no puede ser elaborado bajo patrones positivistas o "cientifistas", conforme a los cuales la norma

jurídica es explicada solamente como un poder hegemónico del Estado o como una transición evolutiva de la costumbre en norma.

Los procesos sociales concretos que se efectúan en los pueblos indígenas permiten constatar que los sistemas jurídicos existen como fenómeno concreto, constituyendo un aspecto relevante en la regulación de la reproducción social de dichos pueblos, y cuyos fundamentos radican en su cultura, que está diferenciada de los referentes occidentales.

Al dimensionar a la normatividad jurídica india, como un sistema perse, es pertinente intentar la búsqueda de aquellas regularidades que probablemente lo expliquen, estableciendo algunas de las categorías con las cuales sería dable acercarnos a su significado. Al respecto encontramos cinco categorías, a saber:

- a) Las sociedades simples;
- b) Las relaciones de propiedad;
- c) La autoridad como órgano aplicador del derecho;
- d) El lenguaje;
- e) El parentesco.

Conceptos que explicaremos de manera analítica, intentando no perder la visión de conjunto del fenómeno en cuestión.

A) "Sociedades simples" y pueblos indios.

La sociedad simple es el espacio territorial en que adquiere eficacia y validez (si bien en ocasiones relativas) la aplicación de la normatividad indígena.

La sociedad simple no supone una comunidad autocontenida y autárquica por fuera del crecimiento capitalista, sino más bien la existencia de poblaciones indígenas que en mayor o menor medida interactúan con la sociedad compleja y en cuyas áreas territoriales

existen derechos consuetudinarios⁹ que solamente son aplicados y reconocidos en sus demarcaciones.

Originalmente estas sociedades simples provienen de las formas "primitivas" que históricamente dieron paso al desarrollo de la sociedad humana. Lewis Morgan, en el marco de la antropología evolucionista, explicó los desarrollos de estas sociedades, aspecto retomado por Carlos Marx, no sólo en sus obras clásicas que aludieron al modo de producción comunista primitivo, sino a la crítica del esquema de las "formen" (*Grundrisse*)¹⁰ en el que el propio Marx reconoció problemas críticos de la evolución histórica, ubicando diversidad de comunidades primitivas que se transformaron de manera heterogénea hacia formas distintas de Estado y de sociedades de clase, profundizando sus estudios en lo que denominó como modo de producción asiático.

En los *Grundrisse*, Karl Marx refiere: "El hombre no se individualiza sino a través del proceso de la historia. En el origen, aparece como un ser genérico, un ser tribal, es una comunidad de sangre, de lengua, de costumbre y debe existir previamente para que el individuo se apropie las condiciones objetivas de la "vida".¹¹ En Latinoamérica las sociedades simples son la base de las etnias. La etnia constituye una unidad territorial con espacios internamente delimitados y jerarquizados: barrios o secciones, parajes, sitios. La etnia como tal se rige por una serie de principios de autogestión y un relativo igualitarismo que conlleva a una forma muy específica de practicar la democracia. La etnia tiende a regular en su interior todos los aspectos de la vida social, económica, cultural y religiosa. Incluida la tierra en

⁹ El manejo del término costumbre jurídica indígena no representa una simple cuestión semántica, sino que va más allá, en el sentido de reconocer el perfil histórico de los sistemas de derecho indígenas, los cuales no pueden ser dimensionados al margen de su consuetudinarietà, la que se ha venido reinterpretando en el tiempo.

¹⁰ Cf. MARX, Carlos. *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política* (*Grundrisse*) 1857-1858, Siglo XXI Editores, 13ª ed., México, 1984.

¹¹ II *Grundrisse*, Op. cit., p. 12.

esa regulación su distribución y su uso son sancionados por la comunidad, pues ésta da y quita con apego a ciertas leyes internas.

B) Las relaciones de propiedad indígena.

Las relaciones de propiedad comprendidas como la expresión jurídica de las relaciones de producción que históricamente han desarrollado las etnias para satisfacer sus necesidades e interaccionarse con los demás sectores y clases sociales de la sociedad metodológicamente no se pueden separar, en el estudio de los sistemas de derecho indígena de su matriz socioeconómica, dadas las particularidades que integran a dicho derecho.

La normatividad jurídica de los pueblos indígenas se enlaza a las formas de apropiación social del medio, así como a su reproducción social y cosmovisión existiendo diversas interpretaciones culturales acordes a cada una de las etnias existentes en el mundo, planteado de esta manera; el estudio de los sistemas de derecho indígena adquiere validez el entendido epistemológico de totalidad, al observar la pertinencia de fenómenos que se entrelazan y explican de manera global.

Los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas se fundamentan en un reconocimiento tácito (en lo interno) de las relaciones de propiedad, las que se manifiestan en dos niveles:

a) **La propiedad comunal** del espacio físico (la tierra) que se regula a través de un "estatuto comunal" (de tradición oral) y que puede ser aprovechado por toda la comunidad (aguas, bosques, fauna, etc.), y

b) **La propiedad familiar** que se finca en el parentesco y que alude al medio de producción, los instrumentos de trabajo, los árboles plantados, los animales domésticos, etc.

La comunidad crea y recrea el conjunto de costumbres jurídicas que permean las relaciones de propiedad referidas.

Si bien con lo anterior reconocemos la hipótesis de que los pueblos indios son poseedores de "culturas jurídicas propias", que ordenan, conforme a su propia identidad, las relaciones sociales de producción y de propiedad, es importante precisar que los sistemas jurídicos indígenas no constituyen un orden aislado "puro", sino compenetrado por otras diversas relaciones históricas (económicas, jurídicas, políticas, religiosas, lingüísticas), así como con el sistema jurídico del bloque dominante.

Más bien el aserto de reconocer la existencia de los sistemas jurídicos consuetudinarios se ubica en los márgenes del concepto de autonomía relativa, que explicaría la pervivencia de los sistemas de derecho indígenas en el interactuar de dos sociedades y con la hegemonía de una de éstas.

Las relaciones comunitarias de propiedad, organización social y parentesco y sus formas de reproducción social son la matriz de experiencias donde se reproduce e interactúan los multicitados sistemas de derecho indígenas.

Sin embargo, en el caso particular de los pueblos indígenas, la matriz socioeconómica de relaciones de propiedad debe de ser estudiada con sumo cuidado toda vez que la tierra, para los pueblos indígenas, no es comprendida tan sólo como un simple medio de producción, sino como el asentamiento y base de su existencia espiritual.

Por otro lado, las relaciones de propiedad de los pueblos indios se fincan en la identidad cultural del grupo. Es sólo en tanto que es miembro de una comunidad, como el indígena puede incorporarse a las relaciones de propiedad de dicho núcleo social.

La identidad cultural de la etnia permite reconocer otras categorías significativas, como son el parentesco, el lenguaje, la religión, etc., elementos coadyuvatorios en la comprensión del derecho indígena. Al

referirse a la integración de estas categorías y a la costumbre india, Mario Rizo menciona:

"El derecho consuetudinario no por los orígenes diversos que manifiesten sus normas debe considerarse como una amalgama informe e inconexa de sentidos, al contrario la eficacia que en tanto derecho tienen dichas normas, es expresión de un proceso de organización analógica propia, que en el plano cultural, ideológico o semiótico, realiza la comunidad basándose en lo que ella misma va definiendo como sus intereses básicos, materiales e inmateriales".¹²

C) El poder y la autoridad en los pueblos indígenas.

Es lógico suponer que si el derecho indígena (y cualquier tipo de derecho) existe como sistema eficaz, existirá congruentemente la instancia que regulará y administrará dicha normatividad.

Al situarse en el estudio de las sociedades más remotas, Clastres precisa:

"...los estudios de campo sobre la sociedad primitiva, la sociedad sin estado, muestran que, al contrario, la primera división no es la división de grupos sociales opuestos, entre ricos y pobres, explotadores y explotados, sino que la que sirve de base a todas las demás divisiones es la que existe **entre los que mandan y los que obedecen, porque lo fundamental es la división de la sociedad entre los que ejercen el poder y los que están sometidos a él**".¹³

Sostenemos la hipótesis de que es falso suponer la idea de que toda la costumbre jurídica evolucionó, hasta convertirse en norma jurídica,

¹² Rizo, Mario. Consideraciones acerca del ordenamiento consuetudinario en comunidades indígenas de las Regiones Autónomas del Atlántico Norte, en IV Taller de Antropología Centroamericana, Managua, Nicaragua 16-18 de abril de 1991, p. 10.

¹³ 13 Anty-mytes, Pierre Clastres entrevistado, en Civilización, septiembre 1984, México, p. 207 (subrayado nuestro).

como así sostiene de alguna manera la concepción positivista del derecho, más bien existió una ruptura histórica que determinó el cambio en la naturaleza jurídica de dicho derecho, de una tradición normativa que se fincó en la reciprocidad y en la oralidad se transitó a una normatividad de las hegemonías, superviviendo "marginamente" el derecho indígena. En otras palabras, se transformó también el sentido de autoridad prevaleciente.

El ejercicio de la autoridad que regula y aplica al derecho indígena se ubica en dos esferas, una que lo dimensiona en los márgenes de la etnia y aquél que lo interacciona con la autoridad hegemónica (la del bloque dominante).

C.1) ¿Existe una legitimación consensual de la autoridad indígena?

La aplicación del derecho indígena y su eficacia se origina en el supuesto de una aceptación de la autoridad que **se basa en un conjunto de intercambios recíprocos**. A diferencia del poder de clase, el sentido de autoridad de las comunidades y de algunas etnias surge de una aceptación recíproca en la que sus miembros reconocen que cualquiera de ellos ulteriormente podrá formar parte de la estructura que aplicará al derecho indígena. Quizás en buena parte, este **sentido de reciprocidad es uno de los elementos que ha permitido mantener, con mayor o menor fuerza, a las autoridades indígenas** de algunas etnias del mundo. Sin embargo, el estudio del poder en una región determinada amerita adecuar el análisis del equilibrio precario entre los sistemas políticos indígenas y la penetración del capital, cuyo epicentro radica en el desconocimiento del fuero de dichas autoridades. Insistiríamos entonces en el problema de la hegemonía y que en la actualidad para algunos estudiosos, el fortalecimiento de estas autoridades indígenas radicaría en el reconocimiento de la autonomía política de estos pueblos.

Aunque no sólo es a partir de las relaciones recíprocas - que si bien elemento preponderante -, en el que se cristaliza el sentido de autoridad, existen otros elementos como el parentesco, la lengua, la identidad, etc., en otras palabras la cultura que da cohesión al grupo, a efecto de que quien ejerce y administre el derecho indígena se encuentre plenamente identificado por quienes lo admiten y secundan. Y que quienes lo ejerzan, constituyan el conducto que relaciona a la etnia con el "exterior".

Por otro lado, es indudable que la intensificación de la división del trabajo ha determinado que el sentido de poder y autoridad se "deshable" en formas ya no propiamente tradicionales, en la que aparecen "cacicazgos", terratenientes o simplemente formas recreadas por el poder del Estado, que no corresponden a la trayectoria cultural indígena.

Pero esta disimilitud de poderes nos lleva necesariamente a perfilar que las concepciones con las que actúa el poder hegemónico y la autoridad tradicional se encuentran contenidas por disposiciones valorativas diferenciadas, así por ejemplo, mientras diversos pueblos indígenas procuran conciliar el interés social, el Estado Nacional aplica, con órganos especializados, la "justicia" a quien así mejor lo demuestre, dándose el absurdo de no reconocer la verdad real, sino la "verdad jurídica", como por ejemplo las que se originaron en los títulos coloniales que legitimaron el despojo agrario de millones de indígenas en todo el mundo.

Sin embargo, habrá que revalorar el sentido coactivo que aplica la autoridad indígena por cuanto que en su accionar observamos contradicciones interétnicas que en ocasiones dan un sentido de fuerza para quien aplica el derecho indígena.

En otros casos, las estructuras políticas de las que depende el derecho indígena pueden variar no solamente de una región a otra, sino incluso,

dentro de una misma etnia pueden subsistir micropoderes que a su vez recreen diversos derechos indígenas, aspectos que a la posteridad podrán debidamente ser explicados por la etnografía que se apoye en el estudio de caso. Sin embargo, nuestra fundamentación teórica es la de apuntalar el reconocimiento de un sentido de autoridad indígena que no necesariamente - aunque en ocasiones se alterne con la del Estado- subsiste "per se" teniendo como marco legitimador a las relaciones de reciprocidad interétnicas.

D) Lenguaje y derecho indio.

En la práctica jurídica india, que parte del principio de oralidad, los mecanismos del lenguaje–discurso¹⁴ adquieren un especial significado. El manejo de esta categoría, más que adecuarse a partir de contenidos de tipo axiomático procura interaccionarse en el análisis del discurso, ubicando la lógica que subyace entre el "modelo" de administración legal de los pueblos referidos y su respectiva operativización. Hasta ahora los estudios sobre la materia son precarios. Para no caer en

¹⁴ Como concepto genérico de discurso recojo la definición de Charadeau quien señala que: "El discurso no debe ser asimilado a la manifestación verbal del lenguaje que aún si domina en el conjunto de las manifestaciones del lenguaje, corresponde a determinado código semiológico (verbal), es decir a un código gestual (lenguaje del gesto) o el código icónico (lenguaje de la imagen). El discurso está más acá (o más allá) de los códigos de manifestación de lenguaje en el sentido de que es el lugar de la puesta en escena de la significación, la cual puede emplear, para sus propios fines, uno o muchos códigos semiológicos".
Reconocemos que el lenguaje, entendido como discurso, juega un papel primordial, no sólo en el ámbito del derecho indio, sino como un núcleo organizador de la identidad étnica que da vida a la cosmovisión de los pueblos indios.
Charadeau, Patrick, Centre d'Analyse du discours, Université de Paris XIII, Una teoría de los sujetos del lenguaje, en Discurso, UNAM 1980, p. 23.

planteamientos simplistas haré una breve descripción de algunos aspectos que analizan el fenómeno.

Rainer Enrique Hamel advierte:

"La investigación sociolingüística reciente sobre los grupos indígenas mexicanos revela el rol específico que juega la lengua indígena y, sobre todo, su estructuración discursiva, en una serie de eventos y actividades claves para la orientación sociocultural de las comunidades autóctonas: procesos de trabajo colectivo, faenas, asambleas, conciliaciones, ritos religiosos, el ejercicio de la autoridad y del poder en diversos contextos, etc. En todas estas instancias aparecen elementos, de las costumbres jurídicas propias de las etnias. Pero quizás en pocos eventos la estrecha relación entre el derecho consuetudinario y su organización discursiva se revela con mayor claridad que en las conciliaciones".¹⁵

En los estudios de Collier, que se enmarcan en la resolución de conflictos (zinacantecos México) se ha propuesto retomar el concepto de Barkwun, entendiendo al lenguaje (jurídico) como una ley para conducir y resolver conflictos. Aspecto complejo si reclamamos a los códigos (jurídicos-semiológicos) como múltiples y diversificados, con lo cual al ser básicamente oral la aplicación de esta normatividad nos llevaría a recapacitar sobre cuáles son los márgenes de dicha "ley". La tarea del investigador sociolingüístico tendría que relacionarse más bien con los fenómenos que interaccionan a la "racionalidad india" (su cultura) con el órgano que particularmente vía lenguaje jurídico-indio, aplica y hace eficaz dicho discurso. Como son, por ejemplo, en América Latina las asambleas, los consejos de ancianos, los tatamandones, los principales, las mayordomías, los gobernadores tradicionales, los consejos supremos, etc.

Por otro lado tenemos que la eficacia y cumplimiento de la norma india guarda un sentido de concreción que no es factible se desprenda de los

¹⁵ 15 Rainer, Enrique Hamel. Costumbre jurídica, y lenguaje, en América Indígena, N° 25, p. 20.

códigos lingüísticos acordes con la realidad india.

La ruptura con los códigos lingüísticos socialmente aceptados por las comunidades, puede orientar a la administración de la justicia indígena a otras esferas.

Para Santiago Nino la simple formulación de normas utilizando el lenguaje hace que se encuentren limitadas por el problema "de ser aplicadas con vaguedad, ambigüedad e imprecisión, por cuanto que el sentido de las palabras no sea unívoco".¹⁶

Sin embargo, es importante valorar en qué medida se cumple la norma; acorde con la fuerza de la costumbre indígena. Es en este límite que en ocasiones los "contendientes" prefieren recurrir al derecho positivo como forma recurrente de solución.

Tratando de avanzar en la adecuación del conflicto lingüístico subyacente en el derecho indígena Rainer Hamel ha propuesto el reconocimiento de tres niveles de organización en el análisis de dicho derecho:

"1.- Esquemas culturales (sistemas simbólicos): concepciones y definiciones de derechos y delitos, procedimientos de litigio, organización de procedimientos resolutivos, relaciones sociales de respeto, etc.

2.- Estructuras y estrategias discursivas: lenguajes especializados vs. cotidianos, estrategias verbales, técnicas de argumentación y narración, patrones de interacción verbal, etc.

3.- Estructuras y formas lingüísticas: selección y uso de las lenguas, cambio de códigos, préstamos, variación interna de cada lengua, etc."¹⁷

E) Parentesco y derecho indio.

¹⁶ Nino, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 246.

¹⁷ Hamel, Reiner. OP.cit.,p. 21

La quinta y última categoría significativa que se enlaza al estudio del derecho consuetudinario de los pueblos indios es el sistema de parentesco.

A tal efecto me apego a la concepción que sostiene Rodolfo Stavenhagen, el cual sostiene:

"Los sistemas de parentesco, y existen varios fundamentales entre los pueblos indígenas de América Latina, determinan las relaciones entre familias, que son los núcleos sociales básicos de las comunidades indígenas.

También tienen función de normar los sistemas de herencia y transmisión de la riqueza. En ocasiones, el funcionamiento de estos sistemas de parentesco entra en contradicción con el sistema jurídico nacional. Por ejemplo muchas sociedades son poligámicas, y las diferentes mujeres de un jefe de familia desempeñan papeles específicos en la estructura familiar. Sin embargo, la legislación civil de los estados no reconoce la poligamia y eso puede crear serios problemas para la estabilidad de la familia, la posición de los hijos, la transmisión de bienes en herencia, y la posición social o el estatus del hombre en la comunidad"¹⁸

Las relaciones parentales constituyen el eje de las relaciones de producción, de manera tal, que las costumbres cotidianas de las familias indígenas significan el elemento primigenio de simbolización y vida ritual indígena.

La finalidad de la familia nuclear o en extenso y consecuentemente del barrio (dijeran algunos antropólogos del linaje), es la de subsistencia y reproducción.

Para ello establecen una normatividad -jurídica- que plantea "equilibrios" al interior del núcleo familiar. Para dar paso a la satisfacción de las necesidades materiales, es preciso delimitar una

¹⁸ Stavenhagen, Rodolfo. Derecho indígena y derechos humanos, Ed. El Colegio de México, México, 1988, p. 100

estructura jerarquizada entre quienes organizan-guían y quienes son organizados.

De esta manera surgen una serie de derechos y obligaciones que sin encontrarse consignados en texto alguno recrean la vida y consecuentemente las relaciones sociales de la familia.

El principio que guía esta costumbre familiar se expresa como relaciones de reciprocidad en la que cada uno de sus miembros brinda determinada actividad al interior del núcleo, lo que le da cohesión y presencia. Los indios sostienen como valor fundamental al trabajo que se desempeña dentro del núcleo familiar y a la solidaridad entre sus miembros.

El incumplimiento en algunas de las actividades que corresponde a cada uno de los indígenas puede llevar a plantear controversia ante las autoridades tradicionales o, incluso, ante la agencia representativa gubernamental.

La organización de la estructura familiar se finca en el respeto a los mayores o padres, quienes son los que establecen el accionar del núcleo familiar.

Conclusiones.

Es posible, desde la Teoría General del Derecho y de la Antropología, establecer el estudio sistematizado de la antropología jurídica, disciplina que se encarga del estudio del conjunto de sistemas de derecho indígena que históricamente han regulado las relaciones sociales de esos pueblos.

En su ámbito más general, esta nueva disciplina - la Antropología Jurídica- se refiere al perfil del ser humano ante la norma jurídica, partiendo del criterio de diversidad cultural históricamente desarrollado

por los pueblos, advirtiendo de esta manera, la existencia de diversidad de formas legales y extralegales que las regulan.

En particular, las generalidades de la Antropología Jurídica que fundamentan al derecho indígena, derivan de la cultura de cada pueblo, en donde sobresalen el parentesco, la cosmovisión, el lenguaje y las relaciones de reciprocidad que se fincan en la tierra, no sólo como un simple medio de producción, sino como un vínculo necesario para la reproducción global de la etnia.

El derecho indígena, si bien es múltiple, complejo e histórico, existe como un conjunto de sistemas de regulación jurídica que se diferencian de los sistemas hegemónicos de derecho. Las estructuras y el procedimiento en que se fincan los sistemas de derecho indígena, lo sustentan como una normativización ad hoc a la racionalidad indígena, por cuanto que es eficaz en su aplicación al ajustarse a los patrones culturales de cada etnia. Las nuevas definiciones democráticas en que se finque la, postmodernidad deberán de advertir la necesidad del reconocimiento de los derechos indígenas, así como de sus órganos aplicadores, de dichos sistemas de derecho.

EL PROBLEMA DE LA SUBSUNCIÓN Y LA ARGUMENTACION JURÍDICA

Hermann Petzold Pernia
Universidad del Zulia

Debo comenzar por afirmar que, cuando se trata de analizar el problema de la subsunción, es decir, de cómo subsumir ciertos hechos dentro de una norma jurídica general, hay que empezar por abandonar el enfoque que generalmente los jueces y la mayoría de los abogados tienen, cuando expresan que el proceso judicial culmina en un simple silogismo, en el cual la norma legal, por ejemplo (pero podría ser otro tipo de norma jurídica general), sería la premisa mayor, los hechos o, más exactamente, la descripción de esos hechos, sería la premisa menor, y, por último, la decisión judicial sería la conclusión.

Entonces, quiero insistir en lo siguiente: Primero (y sin que sea necesario que nos ubiquemos en un proceso judicial específico aunque para la explicación podemos tomar un proceso penal) de lo que se trata es de enjuiciar o valorar el acto de una persona que, por ejemplo, dio muerte a otra. Así, se inicia todo un proceso probatorio por medio del cual se va a precisar que “X” persona, efectivamente dio muerte a otra en determinadas circunstancias.

Vamos a suponer que Pedro ha sido acusado de darle muerte, en su casa, a una persona que según él pretendía irrumpir en la misma durante la noche. Se realiza el proceso probatorio mediante el cual se determinan los hechos, y cuando se verifica cómo acaecieron los hechos en realidad (lo que se va a subsumir más adelante no van a ser esos hechos sino la conceptualización de esos hechos, es decir, en el expediente lo que queda es la descripción, lograda gracias al proceso probatorio, de lo que supuestamente ocurrió), se comprueba que

efectivamente se trataba de un ladrón, o bien se descubre que era una persona que estaba de visita en la casa y que Pedro la mató y después dijo que no la conocía.

Así, pues, si judicialmente comprobados y conceptualizados los hechos, se verifica que en efecto los hechos ocurrieron tal como dijo Pedro, que fue un ladrón el que entró a su casa y se vio obligado a darle muerte, con esa información reunida en el proceso, el juez va a elaborar la premisa menor, y para ello simplemente lo que hace es describir los acontecimientos que, según las actas procesales, supuestamente ocurrieron, o sea, que no son los hechos en sí, sino que es la descripción de esos hechos, una representación conceptual de éstos y, a partir de ésta, se va a elaborar una proposición declarativa, que dirá: “Pedro ante la irrupción de un ladrón en su casa, se sintió amenazado o se sintió agredido, y se defendió y causó la muerte del intruso”. Entonces, esa premisa menor es una proposición declarativa que contiene la descripción de los hechos.

Luego, nos ubicamos en la siguiente fase: ¿Cuál norma legal va a aplicar el juez?. En el caso del ejemplo, el juez no deberá buscar una disposición del Código Penal que sancione el darle muerte en forma intencional a otra persona (art. 407 del C.P. de Venezuela), sino buscar más bien una norma que, como el art. 425 del Código Penal venezolano, diga: “No será punible el individuo que hubiere cometido alguno de los hechos previstos en los dos Capítulos anteriores (que se refieren al homicidio y a las lesiones personales), encontrándose en las circunstancias siguientes:

- “De defender sus propios bienes contra los autores del escalamiento, de la fractura o incendio de su casa, de otros edificios habitados o de su dependencia, siempre que el delito tenga lugar de noche o en sitio aislado, de tal suerte que los habitantes de la casa, edificios o dependencias, puedan creerse, con fundado temor, amenazados en su seguridad personal.

- “Cuando al repeler a los autores del escalamiento, de la fractura o del incendio de la casa, edificios o dependencias, no concurrieren las condiciones anteriormente previstas, la pena del delito cometido sólo se disminuirá de un tercio a la mitad, y el presidio se convertirá en prisión”.

Empero, lo que el juez va a manejar en el llamado silogismo judicial, son dos proposiciones (una declarativa y otra jurídica), pues no es la norma legal en sí, la que va a emplear directamente como premisa mayor, sino que va a ser una proposición jurídica, expresada en forma condicional (*modus ponens*), que dice: “Si alguien da muerte, en forma intencional, a una persona, según el art. 407 C.P.V., la pena debe ser ...”; o como en el caso previsto en el art. 425 C.P.V.: “Si una persona en determinadas circunstancias (que se describen en el citado artículo del Código Penal) causa la muerte o lesiones personales a alguien (ladrón, incendiario, etc.), no será punible”.

Así, pues, la proposición jurídica general que integra la premisa mayor se fundamenta en una norma jurídica general.

Es decir, que existen dos niveles, o sea, que hay una proposición jurídica que se refiere al contenido de la norma jurídica general y es esa la que va a integrar la premisa mayor, y al final, con base en la premisa mayor y en la premisa menor (una proposición declarativa), se llega a una conclusión que es la decisión del caso de especie. Pero para llegar a esto, no se ha seguido un proceso puramente lógico-formal, mecánico, sino que ha sido un proceso en donde los valores han jugado un gran papel. Primero, en toda la etapa probatoria, mediante la cual se demostró que, efectivamente, Pedro lo que hizo fue defenderse legítimamente de la agresión de un ladrón que había irrumpido, en horas de la noche, en su casa. En dicha etapa se toman en cuenta una serie de tipos de pruebas aportadas por las partes litigantes y, eventualmente, según la naturaleza del proceso, por el mismo juez, cuya valoración va a depender del sistema judicial en el cual el juez

actúa, tales como los indicios, los testimonios, las experticias, las inspecciones judiciales, la posible confesión del acusado, o sea, de Pedro, que puede ser tomada en cuenta, pero que aislada no va a constituir plena prueba, etc.

Luego, hay una serie de factores, que ni siquiera van a figurar en el expediente y que van a influir incluso en la determinación de los hechos, necesaria para elaborar la proposición declarativa que constituye la premisa menor, que dirá que los hechos sucedieron de determinada forma, pero que nunca sabremos si, realmente, ocurrieron así, ya que solamente nos basamos en lo que se deduce de las pruebas valoradas por el juez, pues éste, en la valoración de las pruebas se va comprometiendo con el caso. Así, van a entrar en juego su ideología, sus puntos de vista, la simpatía que pueda sentir hacia Pedro (si es que lo llega a conocer). Por ejemplo, posiblemente el juez va a tener más simpatía por el acusado y lo va a absolver o a sancionar menos severamente si la persona que murió irrumpiendo en la casa de Pedro, era de raza negra, y el acusado es de raza blanca al igual que el juez.

En segundo lugar, los valores tienen un rol preponderante en la determinación de la proposición de la premisa mayor, que es también complicada, ya que el juez, cuando se precisan los hechos, empieza a buscar una norma jurídica general, que a su juicio, le sirva para solucionar satisfactoriamente el caso, es decir, dar una respuesta jurídica al caso concreto, y esa norma no se le impone en forma evidente; la va a buscar y al hacerlo va a elegir entre varias normas. Puede ser que no le convenga una norma que se encuentre más a la vista, y por eso busca otra, siempre pensando en un caso del ámbito penal, pues si fuera un caso civil, mercantil o comercial, laboral o de tránsito incluso, la discrecionalidad del juez sería todavía más en la posible selección de la norma que le servirá para elaborar la proposición jurídica general que constituirá la premisa mayor del silogismo judicial.

Hecha la selección, el juez va a proceder, pues ya eligió la norma jurídica general y determinó los hechos, a elaborar su sentencia. A partir de este momento se entra en la fase de la motivación, que se requiere en los sistemas jurídicos de la familia de derechos romano-germánica, a la que pertenecen los derechos uruguayo, venezolano, argentino, colombiano, brasileño, francés, belga, portugués, español, alemán, etc.

La motivación, se considera necesaria en toda sentencia, pero hay jurisprudencia en varios países, en el sentido de que la motivación puede ser cualquier argumentación, y no es indispensable que el juez argumente demasiado (salvo en ciertos casos muy discutidos) su sentencia, ya que basta que haya una motivación. Por ejemplo, la Corte de Casación belga ha aceptado que no es motivo para dar lugar al recurso de casación el que la motivación no tenga nada que ver con la sentencia, basta que haya una motivación. En general, pues, se ha caído en la rutina formalista, y la mayoría de los jueces, por razones de trabajo, no motivan suficientemente la mayoría de las sentencias, salvo cuando la decisión es muy discutida, o es de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte de Casación, según los países.

Ahora bien, en el **Common Law**, donde los jueces no están obligados a motivar el fallo, la motivación tiene una finalidad didáctica. Durante mucho tiempo, los abogados, en Inglaterra, no se formaban en las universidades, sino en los tribunales y en los bufetes de los abogados, entonces, la única forma de enseñarles el derecho a los estudiantes, a los futuros abogados, era a través de las motivaciones de los fallos, que tienen una finalidad didáctica, y no son la parte fundamental de la sentencia, que lo es la **ratio decidendi**, sino que a los jueces les gusta lucirse y explicar **obiter dictum**, la razón de su decisión, pero sin estar obligados a motivar ésta, para instruir a los futuros abogados.

Pero en los sistemas jurídicos de la familia del derecho romano-germánico sí hay obligación de motivar el fallo, y es allí donde entra a jugar su papel fundamental la teoría de la argumentación.

La teoría de la argumentación sirve no sólo en el campo del derecho, sino también en el ámbito de la política, así como los discursos y los mensajes de los candidatos a los cargos públicos buscan convencer al electorado; en el campo de la teología o de la religión sucede lo mismo, pues los intérpretes de la Biblia o del Corán, por ejemplo, pretenden convencer que su punto de vista es el más adecuado; en el terreno filosófico ocurre igual; etc.

Hay que señalar que entre la interpretación jurídica y la teológica hay mucha coincidencia porque al fin y al cabo se trata de interpretar textos que, en general, contienen mandatos que no han sido establecidos por quien los interpreta y aplica sino que han sido establecidos por un órgano superior, Dios o el legislador, por lo que, entonces, la tarea del intérprete es de hacer conocer a aquellos concernidos por esos mandatos, qué es lo que quiso decir Dios, cuando se trata de un mensaje religioso, o el legislador, cuando se trata de una norma jurídica general.

Al fin y al cabo lo fundamental de la teoría de la argumentación es que funciona en aquellos campos donde no se manejan verdades racionales sino que se discuten puntos de vista, donde se enfrentan dos o más posiciones, y en donde el que argumenta pretende convencer a un auditorio de que su posición es la más razonable, justa o conveniente, es decir, expone los argumentos para hacer prevalecer sus puntos de vista sobre los eventuales puntos de vista concurrentes.

Y eso es lo que ocurre cada vez que un juez zanja una controversia. El juez, cuando motiva su fallo, lo que busca, en primer lugar, es convencer a las partes que litigaron en el proceso, y, en segundo término, si es un juez de primera instancia o un juez superior, va a

tratar también de convencer al tribunal que, eventualmente, tendrá que revisar su fallo, y en última instancia, buscará convencer a la opinión pública especializada, es decir, a los abogados que, en general, actúan en el foro, o sea, a la barra de abogados que trabajan en una sociedad dada.

¿De qué los va a convencer? Los va a convencer de que su decisión no sólo es conforme al derecho positivo, que está obligado a aplicar, de que su decisión está de acuerdo con el derecho vigente, sino también de que su decisión es razonable, que es conveniente, que su decisión es adecuada, que su decisión es justa, o sea, conforme con lo que en esa sociedad se considera justo, es decir, de que su decisión no choca con las valoraciones colectivas o el ideal de la justicia socialmente vigente.

Pero el juez no debe so pretexto de satisfacer dichas valoraciones o ese sentimiento colectivo de justicia, o so pretexto de obrar con equidad, sacrificar de manera abierta la seguridad jurídica, aunque tampoco debe el juez sacrificar, en un momento dado, el sentimiento de justicia colectivo en aras de una aplicación estricta del derecho, por considerar que mantener la seguridad jurídica es el valor fundamental de esa sociedad.

Por supuesto, que también depende de la materia que deba ser objeto de la decisión, es decir, si la materia es penal, mercantil o comercial, civil, administrativa, de tránsito, laboral, etc., ya que eso va a influir también en la decisión. Pero, el juez debe convencer a las partes, de tal forma que las partes tengan el sentimiento de que, como declaraba ARISTOTELES, “el juez es, por así decirlo, la justicia encarnada”; asimismo, también tiene que convencer a los tribunales superiores que, eventualmente, tengan que revisar su sentencia, pues lo ideal es que ésta no sea revocada, que sea aceptada como una decisión conforme al derecho vigente.

Muchas veces un juez sacrifica el alcanzar el valor justicia, tal como lo concibe la sociedad donde actúa, porque respeta más la seguridad jurídica, y, en otras ocasiones, hace lo contrario, ya que le interesa más satisfacer a la opinión pública de esa sociedad. Así, hay decisiones judiciales, cuyas motivaciones o argumentos van dirigidos a convencer no solamente a la opinión pública especializada sino también, en gran medida, a toda la sociedad, tales como las sentencias que tienen que ver con los derechos individuales, con los derechos políticos, con los derechos de los trabajadores, con la condena de ex ministros, etc. Tienen una trascendencia que escapa de esa opinión pública especializada y, justamente allí, es que puede suceder que haya una reacción pública a esa sentencia, que obligue a la intervención del Poder Legislativo.

En Venezuela, han sucedido algunos casos donde las decisiones de la Corte Suprema de Justicia han cambiado, en forma radical, la jurisprudencia, lo que ha provocado una reacción de ciertos sectores sociales, de tal magnitud, que ha obligado al Poder Legislativo a intervenir para hacer una interpretación auténtica de la ley, o una modificación de la ley para evitar nuevas o posibles interpretaciones del tribunal supremo, similares a las criticadas.

Eso ha llevado, entonces, a que haya una especie de diálogo entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, pues, cuando el Poder Legislativo no está de acuerdo con la jurisprudencia en determinada materia, interviene, o cuando el Poder Judicial sentencia en un sentido y el Poder Legislativo no interviene, se considera como una admisión implícita, por parte del Poder Legislativo, de las interpretaciones que del derecho legislado vienen haciendo los jueces. Sin embargo, hay que aclarar que el diálogo que se da entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, no es entre los jueces y quienes redactaron las leyes (legislador histórico), sino con el legislador actual, y, en la medida en que el Poder Legislativo no reacciona ante las interpretaciones judiciales que se vienen haciendo de las disposiciones de los códigos

penal, civil, de comercio, de procedimiento civil o penal, de las diversas leyes laborales, tributarias, etc., significa que está conforme con esas interpretaciones, lo cual puede deberse, en el fondo, a pereza del legislador, o por estar interesado el Parlamento en otros asuntos, que hacen que no se ocupe de ello, y omitido una admisión o un reconocimiento explícito de esas interpretaciones, porque si no estuviera de acuerdo, debería proceder a modificar la legislación o a hacer una interpretación auténtica de las normas jurídicas cuya interpretación se cuestiona, de tal manera, que no se sigan haciendo las interpretaciones judiciales que no se consideran convenientes.

Vemos pues, y esto sería muy largo de explicar, que cada vez que se va a realizar la interpretación de una norma y a aplicarla a un caso concreto, se van a manejar determinadas técnicas argumentativas, y así, yo puedo tomar una sentencia cualquiera, y al leer las motivaciones que ha expuesto el juez, descubrir qué tipo de argumentos jurídicos ha manejado, por ejemplo, los argumentos teleológico, apagógico, psicológico, sistemático, a contrario sensu, etc., y/o cuáles tópicos jurídicos ha utilizado para justificar la decisión que ha tomado.

Como se dijo antes, hay sentencias de tribunales de instancia que son muy pobres en la exposición de sus motivaciones, ya que aunque existe la obligación de motivar, generalmente, no se necesita desarrollar a fondo la justificación del fallo.

La presencia de determinados argumentos y tópicos jurídicos, y el manejo de éstos, es lo que, a mi juicio, revela la naturaleza tópica o retórica del proceso de interpretación y aplicación de las normas del derecho positivo, y es lo que me lleva, en última instancia, a decir, que yo puedo hablar de interpretaciones **razonables** o **irrazonables** de una determinada norma legal o de una norma jurídica general cualquiera, pero de que no debo hablar de una interpretación “verdadera” o “falsa”. ¿Por qué? Pues, precisamente, porque nos estamos moviendo dentro

del ámbito de la argumentación, o sea, de los razonamientos dialécticos y no de los razonamientos analíticos o demostrativos.

Y, en el proceso hermenéutico, yo puedo llegar a determinar varias posibles interpretaciones de una norma, o sea, que cada norma jurídica general nos presenta varias posibilidades hermenéuticas, de las cuales, yo, como abogado, le sugiero a mi cliente, una y no otra, pero mi interpretación no es vinculante, es decir, si yo elijo, entre las varias posibilidades hermenéuticas, una, esto no vincula a nadie, ni siquiera a mí. Empero, en un juicio, el juez que actúa en éste, deberá elegir una de las posibilidades interpretativas que ofrece la norma con la cual va a resolver un caso de especie dado, y esa sí se va a positivizar, ya que esa interpretación de la norma va a servir de fundamento a una decisión judicial y así va a tener la posibilidad de ser aplicada coactivamente por un órgano del Estado. Y esa interpretación puede constituir, dependiendo del sistema jurídico, un precedente que puede vincular a otros jueces en el futuro. Claro que puede haber un tribunal superior que considere que esa no es la interpretación más razonable, y elija otra de las posibilidades hermenéuticas ofrecidas por la norma.

Sin embargo, aunque siempre existe una multiplicidad de posibilidades interpretativas en cada norma, también hay un límite, que es el “texto posible”, para emplear las palabras de HECK.

Vamos, siguiendo a LARENZ, a poner como ejemplo el caso de una norma en que se emplee el término “hijos”. Así, cabe preguntar: ¿a cuáles hijos se refiere la norma?, ¿cuál será el núcleo de esa norma?. Posiblemente, nadie va a discutir que se refiere a los hijos legítimos, incluso a los naturales o ilegítimos, o sea, que el “sector nuclear” son los hijos carnales, en general. Pero si se amplía más su alcance, llegaremos a los hijos adoptivos, e incluso podremos llegar a los llamados “hijos políticos”, es decir, el “sector marginal”.

Pero, habrá un límite en que el intérprete deberá decir “no”, ya que, de acuerdo con la **mens legis** de la norma, ésta no puede llegar jamás a comprender a los sobrinos, ni a los primos, y, probablemente, tampoco comprender a los “hijos políticos”.

Se trata, entonces, de precisar el núcleo de la norma y la posibilidad de comprender bajo ese término conceptual determinados seres y/o sus actos, sin que se desnaturalice totalmente el sentido de la norma y la interpretación deje de ser razonable.

Es evidente, que en el ejemplo antes mencionado, sería extender demasiado el sentido y alcance de la norma, si se pretende afirmar que la palabra “hijos” comprende a los sobrinos o a los primos y quizás a los denominados “hijos políticos”.

Ahora bien, ¿cómo se determina, si se está recurriendo a una interpretación extensiva o al razonamiento por analogía?.

Puede que parezca muy forzado llegar, mediante un razonamiento analógico, a comprender a los sobrinos, ¿pero lo sería comprender a los nietos?; por analogía, ¿se podría comprender a los nietos?.

Y, con la interpretación extensiva, ¿hasta dónde podemos llegar?.
¿Hasta a los hijos naturales? ¿O a los hijos adoptivos? ¿O a los hijos políticos?

Evidentemente, que aquí hay que tener en cuenta la naturaleza de la norma: ¿Es una norma penal? ¿O una norma de derecho civil o de derecho público?.

Hasta 1982, en Venezuela, de acuerdo con el Código Civil de 1942 (arts. 225 y 220), el padre no podía reconocer a los hijos ilegítimos adulterinos, sacrílegos o incestuosos, ni éstos podían inquirir la paternidad, sin embargo, según el Código Penal, aquel que da muerte a

su padre, por más que éste no lo haya reconocido, es procesado por homicidio calificado (parricidio) (art. 408, ord. 1º, del C.P.V.).

Lo mismo sucede, por ejemplo, con el concepto de “funcionario”, ya que no tiene la misma significación en el Código Penal que en las normas del derecho administrativo. Igualmente ocurre con otros conceptos, tales como “buena fe”, “negligencia”, “error”, “orden público”, “cosa”, etc.

La Corte Suprema de Justicia venezolana habla de “interpretación racional”, pero yo creo que más bien debe hablarse de una interpretación experimentada o vivida como “razonable”, por aquellos a los cuales la norma interpretada concierne, es decir, al auditorio, que abarca a las partes litigantes, a los jueces, que elaboran o revisan los fallos y a la opinión pública especializada.

En resumen, pienso que, en general, no se puede hablar de que el resultado o producto del proceso hermenéutico es verdadero o falso, sino de que es razonable, justo, conveniente, adecuado, etc., o por el contrario, irrazonable, injusto, inconveniente, inadecuado, etc.

BIBLIOGRAFIA

DAVID, René; *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*. 2ième éd. París, Dalloz, 1966. O *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos (Derecho Comparado)*. Trad. del francés por Pedro Bravo Gala. Madrid, Aguilar, 1973.

ENGISCH, Karl; *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Trad. del alemán por Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Guadarrama, 1967.

KELSEN, Hans; *Théorie Pure du Droit*. Trad. française por Charles Eisenmann. París, Dalloz, 1962. O *Teoría Pura del Derecho*. Trad. del francés por Moisés Nilve. Buenos Aires, Eudeba, 1960.

El problema de la subsunción y la argumentación jurídica

LARENZ, Karl; Metodología de la Ciencia del Derecho. Trad. del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona, Ariel, 1966.

PERELMAN, Chaïm; A propos de la règle de droit, réflexions de méthode, en La règle de droit. Bruxelles, Bruylant, 1971.

PERELMAN, Ch.; Le raisonnement juridique en el Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. (Beiheft Neue Folge Nr 7). O El razonamiento jurídico. Trad. del francés por H. Petzold Pernía. Cuaderno de trabajo N° 5 del CEFD-LUZ, Maracaibo, 1973.

PERELMAN, Ch.; Logique Juridique. Nouvelle rhétorique. París, Dalloz, 1976. O La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica. Trad. del francés por Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979.

PETZOLD PERNIA, Hermann; Interpretación e Integración en el Código Civil Venezolano - Hermenéutica Jurídica y Argumentación - Maracaibo, Universidad del Zulia - Facultad de Derecho - IFD, 1984.

LOS TÓPICOS JURIDICOS ¿MEDIOS PARA EVITAR LA RIGIDEZ DEL DERECHO POSITIVO?

María Petzold Rodríguez
Universidad del Zulia

La palabra tópico proviene etimológicamente del griego topikós, de topos, lugar. Perteneciente a determinado lugar.

Los tópicos jurídicos se refieren a los lugares específicos de Aristóteles relativos a las materias particulares, contrapuestas a los lugares comunes que se emplean en el discurso persuasivo en general (Cf.: Ch. Perelman: p. 18). La expresión topoi acuñada por Aristóteles aparece por primera vez al final del primer libro de la Topika. Su explicación se encuentra en la Retórica aristotélica: Hablamos de topoi para hacer referencia a conclusiones dialécticas y retóricas. Los topoi se refieren lo mismo a objetos jurídicos, físicos, políticos o de cualquier otro tipo diferente.

Topoi son por tanto, para Aristóteles, puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad.

Aristóteles termina su exposición con estas palabras: " Los tópicos, enumerados de un modo más o menos completo, son los que nos pueden ayudar, en relación con cada problema, a obtener conclusiones dialécticas". De acuerdo con una fundamentación filosófica profunda obtenemos, pues, un catálogo de tópicos que se orientan hacia círculos de problemas y que contienen una cantidad de puntos de vista que, en sí mismos no tienen más consecuencias conceptuales determinadas (Cf: Viehweg : pp 37-38).

La importancia de los lugares específicos del Derecho o tópicos jurídicos radica en que ellos ofrecen razones que facilitan descartar soluciones injustas, irrazonables o insatisfactorias, dando una visión sintética y global del Derecho.

Por ello, los tópicos jurídicos o *topoi* constituyen argumentos que sirven para dar una respuesta razonable a los problemas jurídicos. Los mismos no conforman un sistema cerrado, coherente complejo, ya que ellos surgen desde el momento en que se indaga la solución para un caso concreto. Se originan en la praxis jurídica, valga decir, de un proceso inductivo y no deductivo.

Pueden ser máximas o adagios, formulados en latín principios generales del derecho, o los valores fundamentales que el derecho protege y emplea.

A continuación examinaremos cierto número de tópicos presentados por Gerhard Struck en su estudio *Topische Jurisprudenz* (Cf: Struck citado por Ch. Perelman p. 119).

1. "Lex posterior derogat legi priori".

El principio de que " la ley posterior deroga a la ley anterior" es el fundamento de una de las técnicas de supresión implícita de las reglas de derecho en contradicción. Es decir, sirve para resolver una antinomia. Si una disposición posterior, que nace de la misma autoridad, o de una autoridad superior, está en contra de una disposición más antigua, ésta es implícitamente abrogada. La disposición transitoria 23 de la Constitución Nacional de Venezuela que establece: " Mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado expresa o implícitamente por la Constitución, se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente". Y el artículo 7 del Código Civil venezolano que expresa: " Las leyes no pueden derogarse sino por otras

Los tópicos jurídicos ¿medios para evitar la rigidez del derecho positivo?

leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean".

Podemos mencionar que la aplicación de este principio origina dificultades cuando la disposición jurídica posterior es un texto constitucional porque uno se puede preguntar si el texto nuevo abroga de pleno derecho las leyes anteriores que se le oponen, o si se trata solamente de una declaración de intención, de un programa que no tendrá efecto sino después de votar una nueva ley (Cf. Ch. Perelman, p. 120).

En los tribunales de Venezuela se planteó el siguiente caso: El último párrafo del artículo 220 del Código Civil venezolano (derogado) disponía que: " No se permitirá al hijo la inquisición de la paternidad si en el momento de la concepción existía en el padre algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio, a menos que antes de intentarse la acción haya cesado el impedimento". Ahora bien, el artículo 75 de la Constitución de Venezuela de 1961, posterior al Código Civil dice:

"La ley proveerá lo conducente para que todo niño, sea cual fuere su filiación, pueda conocer a sus padres". Pero el texto constitucional no prevé la fecha en la cual deberían ser abrogados los textos contrarios a la Constitución.

El 25 de febrero de 1968, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Departamento Vargas del Distrito Federal, defendió la tesis favorable a la directa aplicación del artículo 75 de la Constitución al declarar: "El Código Civil de 1942, no obstante su modernización frente al de 1922, no podía constituir la última palabra en materia de filiación. En nuestro país las uniones extramatrimoniales son cosa común, las uniones extramatrimoniales donde el padre está unido en matrimonio con otra mujer, son situaciones corrientes y vistas con liberalidad por la misma ley, ya que si es pasajera no la considera adulterina. Estas uniones, no se quedan en los simples escarceos

amorosos, ellas son productoras de legiones de niños que no tenían derecho a conocer a su padre, a inquirir una situación más segura y el artículo 220 viene a ser una guarimba legal irritante, para que padres irresponsables puedan impedir las aspiraciones de pequeños que fueron traídos y que claman ayuda. A ese Código de 1942 en lo tocante al segundo párrafo del artículo 220 y a la última parte del artículo 225, le llegó el término de su vigencia en el tiempo, con la consagración del artículo 75 y con la ratificación, un poco innecesaria, del principio de derogación implícita consagrado en la Disposición Transitoria vigésima tercera. Y no solamente se opone lo anotado en los artículos 220 y 225 del Código Civil al mensaje introductorio de la Constitución vigente y a su artículo 75, sino también a la cláusula antidiscriminatoria contenida en el artículo que dice: " No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, credo o la condición social..."

Por último, como el demandado ha pedido que se rechace la demanda por prohibición de la ley de admitir la acción propuesta y basándose en las motivaciones y razones expuestas, este Juzgado considera vigentes e imperativos los artículos 61, norma antidiscriminatoria, y 75, norma consagratoria del derecho de todo niño, sea cual fuera su filiación, de conocer a su padre; admitiendo colisión entre las normas constitucionales con el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil vigente, se ve en el imperativo deber de marginar a esta última norma, con fundamento a derogatoria implícita contenida en la Disposición Transitoria vigesimotercera de la misma Constitución y con base al artículo 7 de las Disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil que dice: "Cuando la Ley vigente, cuya aplicación se pide, colida con alguna disposición constitucional los Tribunales aplicarán ésta con preferencia".

En otro caso, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en decisión del 27 de mayo de 1969, rechazando una demanda por la cual se le pedía que declarara como nulos el segundo párrafo del art. 220 y última

Los tópicos jurídicos ¿medios para evitar la rigidez del derecho positivo?

parte del art. 225 del Código Civil, en razón de ser contrarios al art. 75 de la Constitución vigente, ha expresado, entre otras cosas, lo siguiente: "El Constituyente tuvo poderosos motivos para dar carácter programático al artículo 75 de la Carta Fundamental. El artículo 73 de la misma dispone que el Estado protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica e igualmente que protegerá el matrimonio. En el Código Civil se encuentra regulado el derecho de familia y existen concatenadas disposiciones relativas al parentesco, al matrimonio, a la filiación, a los alimentos, a la patria potestad, a la guarda y representación de los menores y al registro civil. La nulidad aislada de disposiciones que están conexas estrechamente con otras que continuarían vigentes, podría romper la unidad del sistema de normas que integran el derecho de familia, dentro del cual deben ser objeto de adecuada protección diversos y complejos intereses.

El artículo 50 de la Constitución dispone que la falta de ley reglamentaria de los derechos en ella enunciados no menoscaba el ejercicio de los mismos. Pero hay que distinguir las cláusulas directamente operativas, - que preceptúan autónomamente, son completas, suficientes y agotan los requisitos sustantivos y procesales para su aplicación - de las mediatamente operativas o programáticas, que no pueden aplicarse sino cuando las completa la legislación ulterior, por requerirlo así la letra y el contenido del precepto. Las cláusulas directamente operativas pueden aplicarse directamente por los jueces aún cuando no hayan sido reglamentadas, desde el momento en el cual entra en vigencia la Constitución. Pero no ocurre lo mismo con las programáticas, que se dirigen al legislador, y por tal motivo, no puede fundarse declaratoria de inconstitucionalidad en ellas hasta el momento en que el legislador las desenvuelva. Esto se desprende de la interpretación de conjunto del artículo 50 de la Constitución y de la parte del encabezamiento del artículo 75 de la misma, que dice: La ley proveerá lo conducente para que..."

El Magistrado Dr. José Román DUQUE SANCHEZ salvó su voto en la sentencia anterior, exponiendo entre otros argumentos, lo que sigue: "Conforme a esa disposición (segundo párrafo del art. 220) de nuestro Código Civil, el hijo adulterino, por ejemplo, no podrá inquirir la paternidad por impedírsele su filiación, o en otras palabras, no podrá ejercer su derecho a " conocer a su padre (lo que va en contra de lo que expresamente dispone la norma constitucional, ya que conforme a ésta no podrá dictarse ley alguna que arrebatase al niño el derecho de conocer a sus padres por el hecho de tener determinada filiación, pues el Constituyente fue terminante al respecto: ese derecho podrá ejercerlo el hijo " sea cual fuere su filiación". El citado artículo constitucional otorga a todo niño, independientemente de su filiación, el derecho a que " pueda conocer a su padre " y la ley lo que deberá hacer será reglamentar o disponer lo conducente en cuanto a la manera de lograr o hacer efectivo ese derecho. No es, pues, un propósito simplemente enunciado el contenido en el artículo 75 de la Constitución Nacional como lo sostiene la mayoría sentenciadora, sino un derecho intrínsecamente otorgado a todo niño, y toda norma legal que haga negatorio ese derecho es abiertamente inconstitucional... Si, pues, el mencionado aparte único del artículo 220 del Código Civil, como lo sostiene la mayoría, puede continuar teniendo vigencia mientras no sea derogado por una ley especial o una reforma del Código Civil nos encontramos entonces con que un grupo de niños están ya injustamente discriminados en cuanto al derecho de conocer a sus padres, en contradicción con lo establecido en el artículo 75 de la Constitución Nacional, pues se repite, este artículo les otorgó desde el primer momento el derecho a que " puedan conocer a sus padres " y no habrá de ser la ley ordinaria la que venga a otorgarles ese derecho, sino a desarrollar la manera de ejercerlo.

No fue intención del Constituyente que el artículo 75 en cuestión resultara letra muerta, cuando lo cierto es que dicha norma, contiene intrínsecamente, como antes se expresó, el mandato legal de que "todo niño pueda conocer a sus padres (lo que autoriza para sostener que derogó implícitamente al citado artículo del Código Civil, permitiendo

así poner en marcha el programa de acción social contenido en nuestra Carta Fundamental bajo el Título de "Derechos Sociales": derogatoria implícita que encontraría sustentación en la Disposición Transitoria Vigésima - Tercera de la Propia Constitución...

De consiguiente, si la nueva Constitución de 1961, por las razones anotadas, garantizó a todo niño, sea cual fuere su filiación, el derecho de conocer a sus padres (y si el Código Civil vigente niega ese derecho a los hijos "estigmatizados" por determinada filiación (adulterina, sacrílega, incestuosa), es indudable que choca con el artículo 75 de la Constitución Nacional " (Cf: Petzold, pp.313-330)

La búsqueda de la solución a estas antinomias nos verifica la especificidad del razonamiento jurídico y al mismo tiempo nos comprueba como la lógica formal no las puede solucionar.

2.- "Lex specialis derogat legi generali":

Una ley especial deroga a una ley general. La puesta en práctica de esta regla es sencilla cuando la ley especial es posterior, al contrario puede suscitar controversia cuando es la ley general la posterior, puesto que cabe determinar si la nueva legislación se aplica o no a toda disposición anterior que se le opone (Cf: Ch. Perelman, p.121). El artículo 14 del Código Civil Venezolano dispone: "Las disposiciones contenidas en los Códigos y leyes nacionales especiales, se aplicarán con preferencia a las que este Código en las materias que constituyan la especialidad."

El artículo 22 del Código de Procedimiento Civil Venezolano establece: " Las disposiciones y los procedimientos especiales del presente Código se observarán con preferencia a los generales del mismo en todo cuanto constituye la especialidad; sin que por eso dejen de observarse en los demás las disposiciones generales aplicables al caso".

4. "Res judicata pro veritate habetur".

La cosa juzgada debe ser reconocida como verdadera.

El principio que fundamenta la autoridad de la cosa juzgada en la legislación venezolana está previsto en los artículos 60 ord. 8º, que establece: "La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia:

"8º.- Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente ..."

El artículo 1395 ord. 3º, del Código Civil que enuncia: La presunción legal es la que una disposición especial de la Ley atribuye a ciertos actos o a ciertos hechos.

Tales son: 3º. "La autoridad que da la Ley a la cosa juzgada. La autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes, y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior."

Artículo 228 ord. 3º y 312 ord. 6º, del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano. El artículo 228 ord. 3º expresa: "En el mismo acto, y juntamente con las dilatorias podrá el procesado oponer las excepciones de inadmisibilidad siguientes: ord. 3º. - Cosa juzgada..."

Y el artículo 312 ord. 6 dice: " El sobreseimiento procede en el sumario después de haberse dictado el auto de detención o de sometimiento a juicio, y en cualquier instancia de la causa, en el plenario: ord. 6 : Porque la cosa juzgada aparezca comprobada, bien por la acumulación de autos, bien por otro medio de prueba legal."

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Venezolana se ha pronunciado en sentencia del 4 de octubre de 1989 en el sentido de que la exención de responsabilidad penal no causa cosa juzgada en materia civil. La

Los tópicos jurídicos ¿medios para evitar la rigidez del derecho positivo?

Corte ha dicho: "La materia acerca de la cosa juzgada civil y la cosa juzgada penal ha sido ampliamente discutida en la doctrina sin que haya existido uniformidad..."

"... En sentencia dictada el 10 de agosto de 1966 bajo la ponencia del Magistrado Doctor Carlos Acedo Toro, la Sala acogió la tesis de que la exención de responsabilidad penal significaba igualmente la exención de responsabilidad en el campo civil, basándose la doctrina de la Corte en el criterio subjetivo de culpa del agente..."

"Posteriormente, la Sala tuvo oportunidad de revisar los conceptos expuestos en el fallo del 10 de agosto de 1966, y en sentencia dictada el 30 de mayo de 1974 abandonó la doctrina que venía sosteniendo en materia de tránsito, y acogió el criterio de que la exención de responsabilidad penal no causa cosa juzgada en materia civil..."

"La doctrina que antecede fue reiterada por la Sala en sentencia del 19 de febrero de 1981, en la cual se indicó que el fallo en la jurisdicción penal de tránsito, que absuelve de culpabilidad al conductor, no causa cosa juzgada en lo civil..."

"... La Sala nuevamente reitera su criterio de que el fallo que dicte la jurisdicción penal en materia de tránsito no tiene los efectos de la cosa juzgada que señalan los artículos 1395 y 1396 del Código Civil en materia de responsabilidad civil pues esta última como asentó la Corte en las sentencias antes transcritas del 30 de mayo de 1974 y 19 de febrero de 1981, aparece fundamentada en el principio objetivo de la causalidad, es decir, que el conductor está obligado a la reparación del daño material si entre el daño y la actividad del vehículo que conduce en el accidente existe un nexo o relación de causa a efecto, salvo las eximentes de Ley..."

"... Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico el alcance o la eficacia de la cosa juzgada se limita al objeto de la decisión del órgano

jurisdiccional..." (Cf: Ramírez y Garay, Jurisprudencia Venezolana; pp. 315 - 317).

5. "De minimis non curat praetor".

El pretor no se ocupa de cosas de poca importancia.

Esta máxima consiste entre otras cosas, en la determinación de la competencia de diferentes jurisdicciones, en la apreciación de los hechos que pueden dar lugar a revisión y en el valor de la lesión que conlleve a la anulación de un contrato de venta. (Cf: Ch. Perelman p.122).

El Artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, establece: El recurso de casación puede proponerse:

1.- Contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios civiles o mercantiles, cuyo interés principal exceda de doscientos cincuenta mil bolívares (Bs. 250.000,00), salvo lo dispuesto en leyes especiales respecto de la cuantía..."

El Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil prevé: "Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla promover las siguientes cuestiones previas:

Ord. 1: La falta de jurisdicción del Juez, o la incompetencia de éste, o la litispendencia, o que el asunto deba acumularse a otro proceso por razones de accesoriedad, de conexión o de continencia.

ord, 11: La prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, o cuando sólo permite admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda..."

El Artículo 881 del Código de Procedimiento Civil dice: "Se sustanciarán y sentenciarán por el procedimiento breve las demandas cuyo valor principal no exceda de quince mil bolívares (Bs. 15.000, 00), así como también la desocupación de inmuebles en los casos a que se refiere el artículo 1.615 del Código Civil a menos que su aplicación quede excluida por ley especial. Se tramitarán también por el

Los tópicos jurídicos ¿medios para evitar la rigidez del derecho positivo?

procedimiento breve aquellas demandas que se indiquen en leyes especiales."

El Artículo 23 y 413 del Código de Enjuiciamiento Criminal establecen:

Artículo 23: "La competencia de los Tribunales en las causas de acción penal se determina por el territorio en que se hubiere cometido el hecho punible, de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Salvo el caso de radicación del juicio u otras excepciones legales expresas, es competente en las causas en que deben conocer los Tribunales de Primera Instancia, el del territorio donde se haya cometido el delito que dé motivo al enjuiciamiento; y en las causas en que se proceda por las faltas de que se trata el Libro Tercero del Código Penal y por los delitos cuyo enjuiciamiento se equipara al de éstas, será el competente el respectivo Juez territorial de la Parroquia o Municipio donde se haya cometido."

Artículo 413 que expresa: " Corresponde a los jueces de Parroquia o Municipio el conocimiento de todos los juicios por faltas definidas en el Libro Tercero del Código Penal y de los que procedan por los delitos enumerados en sus artículos 137 (último aparte), 168 (la primera parte o encabezamiento), 171,176 (último aparte), 186 (encabezamiento o primera parte), 187, 215, 219 (número 30), 223 (número lo.), 232 (penúltimo aparte), 271 (encabezamiento), 278,284 (número 30.), 330,336, 337 (encabezamiento o primera parte), 364, 367, 418,419, 422 (números lo, y 30.), 440,446,453 (primera aparte), 475 (la primera parte), 477,478, 479, 480 y 481".

En concordancia con el artículo 85, ord, lo. , y 87, ords, lo, y 2º, de la Ley Orgánica de Poder Judicial de Venezuela.

6. "Ne ultra petita".

La condena no puede sobrepasar a lo pedido en la demanda, bien sea en el proceso civil o penal.

Podemos observar lo que establece el art. 244 del Código de Procedimiento Civil: " Será nula la sentencia: por faltar las determinaciones indicadas en el artículo anterior; por no haber absuelto de la instancia; por resultar la sentencia de tal modo contradictoria, que no pueda ejecutarse o no aparezca que sea lo decidido; y cuando sea condicional o contenga ultrapetita."

Art. 295 del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano: "La sentencia no puede recaer sino sobre el hecho o hechos que se hubieren imputado al reo en los cargos, sin extenderse a otros distintos, mas, en cuanto a la calificación jurídica de aquellos hechos y su correspondiente penalidad, el Tribunal puede atribuirle otra distinta de la que en los cargos le hubieran dado el Representante del Ministerio Público o la acusación, todo según la naturaleza y carácter del hecho, las circunstancias en que ejecutado y las pruebas que aparezcan del expediente".

A manera de ejemplo podemos mencionar algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia relativas al vicio de ultrapetita. En sentencia del 14 de mayo de 1991 la Corte expresó: ..."El denunciado vicio de ultrapetita ha sido definido como un exceso de jurisdicción que se configura objetivamente cuando el Juez en el dispositivo del fallo, o en uno de los considerandos contentivos de una decisión de fondo, se pronuncia sobre cosa no demandada o concede más de lo pedido o decide con fundamento a un título distinto..."

"...Si bien la Ley no ha definido el concepto jurídico procesal del vicio de ultrapetita, sin embargo la doctrina y la jurisprudencia han elaborado tal concepto expresando que consiste en: ...

" un exceso de jurisdicción del juzgador al decidir cuestiones no planteadas en la litis, concediendo generalmente a alguna parte ventaja no solicitada, o en otros términos, tanto más allá de lo pedido, que es la simplificación etimológica del vocablo. El deber impuesto a los jueces de evitar la incursión de la ultrapetita, consecuencia del principio de congruencia que ha de estar presente en toda sentencia, para asegurar la debida concordancia entre el fallo y el objeto de la litis..."

"Consistiendo pues, el denunciado vicio de ultrapetita, en conceder al Juez más de lo pedido, éste exceso no puede tener efecto sino en relación con el derecho fijado en el libelo o la excepción, según el caso, en consecuencia es necesario individualizar el petitum del escrito libelar..." (Cf: Ramírez y Garay, Jurisprudencia Venezolana; pp. 311 - 312).

7. "Et audiatur altera pars".

Es necesario escuchar a la parte contraria. Expresión que fundamenta el principio del derecho de defensa, considerado como básico en la administración imparcial de la justicia (Cf: Ch. Perelman p.122) .

El Artículo 60, ord. 5º, de la Constitución de la República establece: "Nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley.

Los reos de delito contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia, con las garantías y en la forma que determine la ley..."

Artículo 68 de la Constitución de la República: " Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de su derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso."

Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil: " Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el juez debe atenerse a la norma del derecho, a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia.

En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en cuenta las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe."

Artículo 15 del Código de Procedimiento Civil: "Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género".
Artículo 11 del Código de Enjuiciamiento Criminal: "En toda causa penal el procesado será representado por uno o más defensores que nombrará en la oportunidad legal y, en caso de negativa o silencio, por el que al efecto le designe el Juez. Los defensores nombrados por el procesado en una misma instancia, para representarlo ante el mismo Tribunal no podrán pasar de tres. En todo caso, cada uno de los defensores nombrados tiene la representación plena del encausado."

Artículo 209 del Código de Enjuiciamiento Criminal: "Declarado concluido el sumario, como ordena el artículo 204, el Juez prevendrá al acusado, por medio del Secretario del Tribunal que nombre defensor dentro de veinticuatro (24) horas. El reo podrá ratificar en propiedad el nombramiento provisional hecho, o designar a otro u otros defensores

Los tópicos jurídicos ¿medios para evitar la rigidez del derecho positivo?

que lo representen en el plenario. Si el reo, a pesar de notificado, no nombrare defensor, se designará éste de oficio siempre que no haya Defensor Público de Presos, en cuyo caso éste asuma la representación del encausado, previa notificación y sin necesidad de juramento".

Con relación a este principio la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diversas ocasiones, una de ellas lo constituye una sentencia del 24 de mayo de 1995 en donde afirma : "...las normas jurídicas que regulan este derecho fundamental deben ser interpretadas en forma extensiva y no restrictiva, a los fines de que no se corra el riesgo de menoscabarlo o vulnerarlo, para acatar, así, el mandato constitucional que ordena mantener la inviolabilidad de la defensa en todo estado y grado del proceso".

El Dr. Leopoldo Márquez Alíen uno de los proyectistas del vigente Código de Procedimiento Civil ha expresado que:

...el derecho a la defensa que es objeto de especial vigilancia de la Sala a través de ese motivo de casación, es el que garantiza a las partes el ejercicio de sus legítimas facultades procesales para cumplir las cargas, aprovechar las oportunidades y realizar las expectativas que el proceso comporta. Asimismo, ha afirmado que siendo el concepto de orden público y el de la prioridad de la Constitución un principio constitucional del sistema procesal venezolano, particularizado en la norma que obliga a los jueces a aplicar con preferencia la Constitución cuando la Ley cuya aplicación se pide estuviese en colisión con aquélla, como en la que autoriza asimismo a los jueces para proceder de oficio a decretar la nulidad de un acto del proceso cuando se han quebrantado leyes de orden público, resulta manifiestamente inconsistente al sistema de Ley, el que se impida a la Corte actuar de oficio en los mismos casos, cuando el alto Tribunal es caracterizadamente el órgano jurisdiccional a quien más que a ningún otro, corresponde mantener y procurar la integridad de la legislación...

Ahora bien, uno de los principios procesales fundamentales es el denominado equilibrio procesal, el cual como ha dicho la Corte, constituye el soporte fundamental del principio universal del derecho

de defensa. Este equilibrio se rompe cuando: 1º) se establecen preferencias o desigualdades; 2º) cuando se acuerdan facultades, medios o recursos no establecidos por la Ley, o se niegan los permitidos por ella; 3º) cuando el Juez no provee sobre las peticiones, en tiempo hábil, con perjuicio de una parte; 4º) cuando se niega o silencia una prueba o se resiste a verificar su evacuación y 5º) cuando el Juez menoscaba o excede sus poderes en juicio, en perjuicio de uno de los litigantes." (Ramírez y Garay, Jurisprudencia Venezolana; pp. 323-325).

9. "I dubio pro reo o in dubio pro libertate".

En caso de duda, se decidirá en favor del acusado o en favor de la libertad. Este principio es el fundamento de la presunción de inocencia. Expone, de una manera más general un principio de libertad, la cual debe ser reconocida, en ausencia de disposiciones claras que la limiten (Cf: Ch Perelman, p.122). En concordancia con los artículos 60, ord. 2do, de la Constitución, lo, del Código Penal, 43 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 12 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Artículo 60 ord 2do, de la Constitución: "Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta..."

Artículo lo, del Código Penal: "Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente. Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas."

Artículo 43 del Código de Enjuiciamiento Criminal: "La sentencia será condenatoria cuando haya prueba plena, así de la perpetración del hecho punible, como de la culpabilidad del encausado. Será absolutoria, cuando no haya prueba sobre ninguno o sobre alguno de los extremos de que habla el párrafo anterior. Ordenará el sobreseimiento, si en ese estado del juicio ocurriere o se observare

algún motivo legal que haga procedente dicha determinación. Ordenará la reposición, si se observare entonces algunos de los casos que para decretarla prevé la Ley. Acordará la cesación o suspensión del proceso, en los casos del artículo 310. Si al fallar observare el sentenciador su falta de competencia, declarará ésta y mandará los autos al que sea competente. En ningún caso se absolverá de la instancia."

16. "Nemo plus iuris transferre potest quam tase haberet".

Nadie puede transferir más derecho del que tiene. Dicho adagio recuerda aquél más elocuentemente utilizado en derecho público "*ex injuria ius non oritur* ": de lo que es contrario al derecho no puede nacer un derecho (Idem).

19. "Casum sentit dominus".

El propietario es quien sufre el daño que resulta del azar. En base a este adagio se elaboró toda la jurisprudencia y la legislación relativa a los accidentes del trabajo (Ibídem p.123).

Los artículo que se relacionan con el mismo son los siguientes : artículo 1.161 y 1344 del Código Civil y 561 y ss, de la Ley del Trabajo de Venezuela.

Artículo 1.161 del Código Civil : " En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado ; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado."

Artículo 1344 del Código Civil: " Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin la culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora. Aun cuando el deudor haya incurrido en mora, si no ha tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se

extingue la obligación, si la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, caso de que se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. De cualquier manera que haya perecido o se haya perdido una cosa indebidamente sustraída, su pérdida no dispensa a aquel que la ha sustraído de restituir su valor."

Artículo 561 de la Ley Orgánica del Trabajo: " Se entiende por accidente de trabajo todas las lesiones funcionales o corporales, permanentes o temporales, inmediatas o posteriores, o la muerte, resultantes de la acción violenta de una fuerza exterior que pueda ser determinada y sobrevenida en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo. Será igualmente considerada como accidente de trabajo toda lesión interna determinada por un esfuerzo violento, sobrevenida en las mismas circunstancias."

27. Quisquis praesumitur bonus.

Se presume que cada quien es bueno (o inocente). Un ejemplo artículo 789 del Código Civil Venezolano que establece : "La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla. Bastará que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición".

28. Venire contra factum proprium.

No se puede atacar lo que resulte de su propio hecho. Es decir, en derecho administrativo esta regla obliga a la administración a someterse a las reglas que ella misma ha instituido: *patere legem quam ipse fecisti* (Idem.).

El artículo que se relaciona es el 117 de la Constitución Nacional que dice: "La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio".

29. Iura scripta vigilantibus :

Las leyes han sido escritas para aquéllos que no son negligentes. La negligencia no puede constituir un motivo de excusa (Idem.). Por ejemplo podemos observar los artículos 1185 del Código Civil y 422 del Código Penal.

Artículo 1185 del Código Civil: "El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho."

Artículo 422 del Código Penal: " El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o disciplinas, ocasione a otro algún daño en el cuerpo o en la salud, o alguna perturbación en las facultades intelectuales, será castigada..."

38. favor legitimatis.

El derecho favorece lo que es legítimo. La regla vale tanto en el dominio de la prueba como en el de la interpretación.

Al lado de estos adagios latinos, se encuentran otras reglas en alemán, y parecen surgir de una concepción moderna del derecho.

3. Las excepciones son de interpretación estricta.

Esta regla de interpretación es básica, así se trate de textos legislativos o de tratados. Supone que se conoce el campo de aplicación de la regla en relación con la cual una disposición particular constituye una excepción (Idem.).

4. No se puede ser juez de su propia causa.

Nadie puede ser juez y parte. Pero es importante determinar cuándo el juez puede ser recusado o cuándo debe abstenerse (Idem.): los artículos 82 y siguientes del Código de Procedimiento Civil Venezolano en su sección VIII establece la recusación e inhabilitación de los funcionarios judiciales. Y los artículos 32 a 41 del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano en su capítulo IV que habla lo relativo a las recusaciones e inhabilitaciones.

Es así, que en entre otras el juez puede ser recusado por parentesco de consanguinidad con alguna de las partes, en cualquier grado en la línea recta, y en la colateral hasta cuarto grado inclusive; o de afinidad hasta el segundo, también inclusive. Procede también la recusación por ser cónyuge del recusado el apoderado o asistente de una de las partes, etc.

Aquí se ve claramente la diferencia entre un adagio y una regla de derecho. El adagio es vago, mientras que la regla perseguirá precisar en detalle, en la medida de lo factible, todos los motivos posibles de recusación.

11. La simple posibilidad de duda no puede ser determinante.

Es necesario conformarse para la convicción del juez, con un grado de certidumbre suficiente para la vida práctica (Ibídem p. 124).

12. Es necesario devolver aquello que se ha adquirido sin razón jurídica.

Este adagio corresponde al principio del enriquecimiento sin causa.

En el artículo 1184 del Código Civil de Venezuela se establece: "Aquel que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido."

14. En caso de duda, es necesario dividir en partes iguales.

La igualdad corresponde a la justicia, si no hay razón para apartarse de ella. Si la división no es posible se aplicará lo expuesto en el artículo 1.195 del Código Civil y 83 del Código Penal Venezolanos.

Artículo 1.195: "Si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado. Quien ha pagado íntegramente la totalidad del daño, tiene acción contra cada uno de los coobligados por una parte que fijará el juez según la gravedad de la falta cometida por cada uno de ellos. Si es imposible establecer el grado de responsabilidad de los coobligados, la repartición se hará por partes iguales."

Artículo 83: " Cuando varias personas concurren a la ejecución de un hecho punible, cada uno de los perpetradores, y de los cooperados inmediatos, queda sujeto a la pena correspondiente al hecho perpetrado. En la misma pena incurre el que ha determinado a otro a cometer el hecho".

15. En una división, se recurrirá, en última instancia, al sorteo.

Se presentan situaciones donde lo que en principio parece irracional, puede transformarse en la única solución razonable de un litigio. Como ejemplo podemos encontrar el artículo 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Venezuela.

17. Prohibición de concluir convenios a cargo de terceros.

Los artículos que se relacionan son el 1166 y 1164 del Código Civil de Venezuela.

Artículo 1.166: "Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la Ley."

Artículo 1.164: "Se puede estipular en nombre propio en provecho de un tercero cuando se tiene un interés personal material o moral en el cumplimiento de la obligación. El estipulante no puede revocar la estipulación si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella. Salvo convención en contrario, por efecto de la estipulación el tercero adquiere un derecho contra el promitente".

18. El que favorece, desfavorece al mismo tiempo.

Este es el gran argumento contra la subvención de empresas privadas (Ibídem p.125). Justifica también los límites impuestos a las donaciones en las sucesiones. Por ejemplo los artículos: 914, 915, 917, 1.435 - 1.437, 1.444 y 1.447 - 1.449 del Código Civil. Artículo 914: "En los testamentos se consideran como no escritas las condiciones imposibles y las que sean contrarias a las leyes y a las buenas costumbres."- Artículo 915: "Es contraria a la ley la condición que impida las primeras o las ulteriores nupcias".- Artículo 917: "Es nula la disposición a título universal o particular hecha por el testador, bajo la condición de que sea él a su vez beneficiado en el testamento de su heredero o legatario."- Artículo 1.435: "No pueden donar quienes no tienen la libre disposición de sus bienes, salvo lo dispuesto en los artículos 146 y 147. A partir del día en que se promueva el juicio de inhabilitación, serán nulas las donaciones que haga el inhabilitado".- Artículo 1.436: "No pueden adquirir por donación, ni aun bajo el nombre de personas interpuestas, los incapaces de recibir por testamento, en los casos y del modo establecido en el Capítulo que trata de las sucesiones testamentarias."- Artículo 1.437: "Toda donación hecha en favor de una persona incapaz para recibirla, es nula, aunque se la presente bajo la forma de cualquier otro contrato."- Artículo 1.444: "Las donaciones hechas a los cuerpos jurídicos no pueden aceptarse sino conforme a sus reglamentos."- Artículo 1.447: "Es nula toda donación hecha bajo condiciones imposibles, o contrarias a la Ley o a las buenas costumbres."- Artículo 1.448: "Es igualmente nula toda donación hecha bajo condiciones cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del donante."- Artículo 1.449: "Es igualmente nula

si se hubiese hecho con la condición de satisfacer deudas o cargas distintas de las que ya existían al tiempo de la donación, a menos que estén específicamente designadas en la misma."

23. El que comete una falta debe sufrir sus consecuencias.

El principio es válido tanto en derecho civil (contrato, divorcio) como en derecho penal (homicidio, heridas, incendio).

Los artículos relacionados son los siguientes: 185, 192, 195, 1.149, 1.168, 1.185, 1.186, 1.187, 1.188, 1.189, 1.257 - 1.263 y 1.264 del Código Civil 407 y ss., y 344 y ss, del Código Penal Venezolano.

30. Lo que importa es lo que se ha querido, y no lo que habría sido deseable: lo que importa es la voluntad manifestada, y no la intención que no lo fue (Idem).

Por ejemplo los artículos 537, 1160, 1205, 1264 del Código Civil y 12 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela.- Artículo 537: "Las disposiciones contenidas en los dos artículos anteriores no tendrán aplicación cuando las expresiones a que se refieren resulten con un sentido diferente en la intención de quien las empleare." Artículo 1.160: Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley".- Artículo 1.205: "Toda condición debe cumplirse de la manera como las partes han querido o entendido verosímilmente que lo fuese".- Artículo 1.264: "Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención."

32.- El derecho exige sanciones.

Esto constituye para muchos juristas, el rasgo específico del derecho. Esta medida se impone sobre todo al legislador. En este contexto se puede considerar como sanción la nulidad de un acto jurídico (Idem.). Los artículos relacionados son los siguientes: 119 - 120 de la Constitución Nacional y 1.142 y ss. del Código Civil.- Artículo 119:

"Toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos son nulos."- Artículo 120: "Es nula toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de la fuerza, o por reunión de individuos en actitud subversiva".- Artículo 1.142: "El contrato puede ser anulado: 1° Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2° Por vicios del consentimiento.

33. Las triquiñuelas legales están prohibidas.

Esta máxima es el fundamento de la teoría del abuso del derecho (Idem.). Por ejemplo lo contemplado en la segunda parte del artículo 1.185 del Código Civil.

39. La confianza merece protección.

Esta máxima es el fundamento de todas las disposiciones que protegen al poseedor de buena fe (Idem.). Observemos los artículos 788 y 789 del Código Civil y 12, segunda parte, del Código de Procedimiento Civil Venezolanos: Artículo 788: "Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en fuerza de justo título, es decir, de un título capaz de transferir el dominio, aunque sea vicioso, con tal que el vicio sea ignorado por el poseedor."- Artículo 789: "La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla. Bastará que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición."- Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil: "...En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe."

40. El derecho no debe ceder a lo que es violación del derecho.

De allí el principio de la legítima defensa. Principio establecido en los siguientes artículos: 65, ord. 3°, del Código Penal y 11 88 del Código Civil de Venezuela. Artículo 65 ord. 3° : "No es punible: ...3° El que obra en defensa de su propia persona o derecho, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1.^a Agresión ilegítima por parte del que resulta ofendido por el hecho. 2.° Necesidad del medio empleado para impedir la o repelerla. 3.^a Falta de provocación suficiente de parte del

que pretenda haber obrado en defensa propia..."- Artículo 1.188: " No es responsable el que causa un daño a otro en su legítima defensa o en defensa de un tercero. El que causa un daño a otro para preservarse a sí mismo o para proteger a un tercero de un daño inminente y mucho más grave, no está obligado a reparación sino en la medida en que el juez lo estime equitativo."

43. La obligación de utilizar los medios menos dañinos.

Es mejor ejercer su derecho evitando daños a terceros para no tener que repararlos (Ibídem p,126). Por ejemplo el artículo 1185, segunda parte del Código Civil.

44. Lo necesario es permitido.

Y tiene como par el siguiente principio:

50. A lo imposible, nadie está obligado.

Estos dos principios justifican los casos de fuerza mayor y el estado de necesidad. No se trata, en estos dos casos, de necesidad y de imposibilidad lógicas, sino de situaciones que se derivan "de la naturaleza de las cosas" (Idem.). Una de sus aplicaciones son los artículos 1949 a 1953 del Código Civil relativos al depósito necesario. Que se vinculan con los artículos 1200, 1775 y ss, del Código Civil y 65, ord. 4º, del Código Penal.- Artículos 1.200: "La condición imposible o contraria a la ley o a las buenas costumbres, hace nula la obligación que depende de ella si es suspensiva; y se reputa no-escrita si es resolutoria. En todo caso, la condición resolutoria contraria a la Ley o a las buenas costumbres, hace nula la obligación de la cual ha sido causa determinante."- Artículo 1.775: "Depósito necesario es el que hace alguna persona apremiada por algún accidente: como ruina, incendio, saqueo, naufragio u otro imprevisto."- Artículo 65 ord. 4º : "No es punible: El que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave o inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo."

45. La acción oportuna es permitida.

Este adagio se refiere a la gestión de negocios (Idem.). Artículos relativos 1.173 - 1777 del Código Civil de Venezuela.- Artículo 1.173: " Quien sin estar obligado asume conscientemente la gestión de un negocio ajeno, contrae la obligación de continuar la gestión comenzada y de llevarla a término hasta que el dueño se halle en estado de proveer por sí mismo a ella; y debe también someterse a todas las consecuencias del mismo negocio y a todas las obligaciones que resultarían de un mandato. El gestor procurará mediante avisos por la prensa y por cualquier otro medio ponerse en comunicación con el dueño. Quien es incapaz de aceptar un mandato es también incapaz de obligarse como gestor de negocios ; será siempre responsable de los daños que ha causado y estará obligado en razón de su enriquecimiento sin causa. "

47. Sólo lo que está determinado es pertinente en derecho.

Veamos los artículos 340, 346 ord. 6º , y 482 del Código de Procedimiento Civil Venezolano; igualmente lo que prevé los artículos 12 y 243, 244 ejusdem.- Artículo 340 : "El libelo de la demanda deberá expresar : 1.- La indicación del Tribunal ante el cual se propone la demanda. 2.- El nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado y el carácter que tienen. 3.- Si el demandante o el demandado fuere una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro. 4.- El objeto de la pretensión, el cual deberá determinarse con precisión indicando su situación y linderos, si fuere semoviente; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarias si se tratare de derechos u objetos incorporales. 5.- La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones. 6.- Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquéllos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo. 7.- Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, la especificación de

Los tópicos jurídicos ¿medios para evitar la rigidez del derecho positivo?

estos y sus causas. 8.- El nombre y apellido del mandatario y la consignación del poder. 9.- La sede o dirección del demandante a que se refiere el artículo 174."- Artículo 346: "Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla promover las siguientes cuestiones previas: ord. 6° : El defecto de forma de la demanda, por no haberse llenado en el libelo los requisitos que indica el artículo 340, o por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 78"- Artículo 482: "Al promover la prueba de testigos, la parte presentará al Tribunal la lista de los que deben declarar, con expresión del domicilio de cada uno."- Artículo 243 del Código de Procedimiento Civil Venezolano: "Toda sentencia debe contener: 1.- La indicación del Tribunal que la pronuncia. 2.- La indicación de las partes y de sus apoderados. 3.- Una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteada la controversia, sin transcribir en ella los actos del proceso que constan de autos. 4.- Los motivos de hecho y de derecho de la decisión. 5.- Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia. 6.- La determinación de la cosa u objeto sobre que recaiga la decisión.- Artículo 244: "Será nula la sentencia: por faltar las determinaciones indicadas en el artículo anterior; por haber absuelto de la instancia; por resultar la sentencia de tal modo contradictoria, que no pueda ejecutarse o no aparezca que sea lo decidido; y cuando sea condicional, o contenga ultrapetita."

51. Lo arbitrario está prohibido.

Esta máxima limita la facultad discrecional, que no se puede ejercer de manera irrazonable. Al respecto veremos los artículos 121, 206, 240 - 244 de la Constitución de la República:

Artículo 121 de la Constitución Nacional: "El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley".- Artículo 206 de la Constitución de la República: "La jurisdicción contencioso - administrativa corresponde a la Corte

Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso - administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".- Artículo 240 de la Constitución: "El Presidente de la República podrá declarar el estado de emergencia en caso de conflicto interior o exterior, o cuando existan fundados motivos de que uno u otro ocurran".- Artículo 241 *ejusdem*: "En caso de emergencia, de conmoción que pueda perturbar la paz de la República o de graves circunstancias que afecten la vida económica o social, el Presidente de la República podrá restringir o suspender las garantías constitucionales, o algunas de ellas, con excepción de las consagradas en el artículo 58 y en los ordinales 3° y 7° del artículo 60".- Artículo 242 de la Constitución Nacional: "El Decreto que declare el estado de emergencia u ordene la restricción o suspensión de garantías será dictado en Consejo de Ministros y sometido a la consideración de las Cámaras en sesión conjunta o de la Comisión Delegada, dentro de los diez días siguientes a su publicación".- Artículo 243 de la Constitución de la República: "El Decreto de restricción o suspensión de garantías será revocado por el Ejecutivo Nacional, o por las Cámaras en sesión conjunta, al cesar las causas que lo motivaron. La cesación del estado de emergencia será decretada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros y con la autorización de las Cámaras en sesión conjunta o de la Comisión Delegada".- Artículo 244 *ejusdem*: "Si existieren fundados indicios para temer inminentes trastornos del orden público, que no justifiquen la restricción o suspensión de las garantías constitucionales, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá adoptar las medidas indispensables para evitar que tales hechos se produzcan. Estas medidas se limitarán a la detención o confinamiento de los indiciados, y deberán ser sometidas a la consideración del Congreso o de la Comisión Delegada dentro de los

diez días siguientes a su adopción. Si éstos las declararen no justificadas, cesarán de inmediato; en caso contrario, se las podrá mantener hasta por un límite no mayor de noventa días. La ley reglamentará el ejercicio de esta facultad".

54. Lo que es insoportable no puede ser derecho.

Si la denegación de justicia es punible, no puede prohibir al juez suplir las insuficiencias del legislador, de igual forma, es necesario interpretar la ley de modo que sus consecuencias no sean insoportables (Idem.).

El artículo 73 del Código Penal venezolano dice : " No es punible el que incurra en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima o insuperable".- Artículo 19 del Código de Procedimiento Civil Venezolano : "El Juez que se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retardare ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia."

55. No se pueden admitir demandas que no tienen límites.

No se admitirá ninguna acción por daños que pueda reproducirse infinitamente. Artículo 340 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con los arts. 346, ord. 6º, 12 y 243 - 244.

Conjuntamente con estos adagios y principios, Struck descubre cierto número de lugares jurídicos, o sea, de puntos de vista, los cuales tanto el legislador como el juez deben tener en cuenta en la elaboración y en la aplicación del derecho.

Estos puntos de vista se refieren a: la compensación, la responsabilidad y la iniciativa, la prioridad (a quien llega primero, primero se le sirve),la igualdad, la autonomía de la voluntad, los *standards* (criterios usuales),la protección de los comportamientos habituales, la proporcionalidad, lo practicable, el peligro de abuso, la finalidad, el

interés, el interés general, la protección social, el interés económico, el principio de orden, la seguridad jurídica, la posibilidad de abreviar los procedimientos en los casos evidentes (Cf: Ch. Perelman; pp : 127 - 128).

La crítica más substancial realizada a los que apoyan los tópicos jurídicos por los partidarios de una concepción más dogmática y más sistemática del derecho, es la relativa a la vaguedad de estos lugares y en el hecho de que, en un conflicto, es raro que las partes no puedan invocar uno u otro lugar en su favor.

A esta crítica, Struck responde que si ciertos lugares son el objeto de un consenso general, es porque conducen a interpretaciones diferentes, de suerte que un acuerdo sobre un lugar puede constituir sólo un acuerdo sobre una fórmula vacía: la discusión deberá, en este caso, como cuando hay un conflicto entre lugares diferentes, finalizar en una interpretación o en una elección que parezca suministrar la solución más razonable en la situación litigiosa (Ibídem p.128).

Pero su refutación fundamental desde el punto de vista dogmático resulta de la verificación de que ninguna regla de derecho ni ningún valor, es absoluto, y que siempre hay situaciones donde una regla, cualquiera que sea, deberá ser limitada y un valor, cualquiera que sea su importancia, deberá ceder ante consideraciones más poderosas en ese caso (Cf: Struck citado por Ch Perelman, p.128).

Podemos concluir esta ponencia diciendo que los tópicos permiten el desarrollo de los argumentos jurídicos, es decir, constituyen instrumentos para la flexibilización del Derecho, evitando su rigidez, al contribuir en la toma de una decisión sensata y satisfactoria, es decir, prudente en las diferentes controversias que se le pueden presentar al juez. Precisamente por eso se habla de jurisprudencia.

Así pues, gracias a los tópicos jurídicos, el juez dispone de una mayor libertad en la interpretación de los textos legales, para flexibilizarlos.

Los tópicos jurídicos ¿medios para evitar la rigidez del derecho positivo?

Esta libertad, en vez de conducir a lo arbitrario, aumenta los medios intelectuales de los cuales dispone el juez en su búsqueda de una solución razonable, aceptable, conveniente.

La gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en el hecho de que, en lugar de oponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología jurídica que se inspira en la práctica y orienta al razonamiento jurídico para que, en lugar de oponer el derecho positivo a la razón y a la justicia, se esfuerce por el contrario, en conciliarlos (Cf: *Ibidem* p 129).-

BIBLIOGRAFIA.

PERELMAN, Ch; **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**. Tr: Luis Díez - Picazo. Madrid. Edit. Civitas, 1979.

PETZOLD, Hermann; **La Noción de Igualdad en el Derecho de algunos Estados de América Latina** Maracaibo. Edit. Universitaria de la Universidad del Zulia, 1974.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Repertorio de

Jurisprudencia Mensual. Caracas, Dr. Oscar Pierre Tapia. Nros, 1 (enero 1989), 2 (febrero 1989), 3 (marzo 1989), 4 (abril 1989), 5 (mayo 1989), 6 (junio 1989), 7 (julio 1989), 8 - 9 (Agosto. - septiembre, 1989), 10 (octubre 1989), 11 (noviembre 1989), 12 (diciembre 1989), 1 (enero 1990), 2 (febrero 1990), 3 (marzo 1990), 4 (abril 1990), 5 (mayo 1990), 6 (junio 1990), 7 (julio 1990), 8 - 9 (Agosto. - sept. 1990), 10 (octubre 1990), 11 (noviembre 1990), 12 (diciembre 1990), 1 (enero 1991), 2 (febrero 1991), 3 (marzo 1991), 4 (abril 1991), 5 (mayo 1991), 6 (junio 1991), 7 (julio 1991), 8 - 9 (Agosto. - septiembre, 1991), 10 (octubre 1991), 11 (noviembre 1991), 12 (diciembre 1991), 1 (enero 1992), 2 (febrero 1992), 3 (marzo 1992), 4 (abril 1992), 5 (mayo 1992), 6 (junio 1992), 7 (julio 1992), 8 - 9 (Agosto. - septiembre, 1992), 10 (octubre 1992), 11 (noviembre 1992), 12 (diciembre 1992), Año 1 (enero 1993), 2 (febrero 1993), 3 (marzo 1993), 4 (abril 1993), 5 (mayo 1993), 6 (junio 1993), 7 (julio 1993), 8 - 9 (Agosto. - septiembre, 1993), 10 (octubre 1993), 11 (noviembre 1993), 12 (diciembre 1993), 1 (enero 1994), 2 (febrero 1994), 3 (marzo 1994), 4 (abril 1994), 5 (mayo 1994), 6 (junio 1994), 7 (julio 1994) 8 - 9 (Agosto. - septiembre, 1994), 10 (octubre 1994), 11 (noviembre 1994), 12 (diciembre 1994), 1 (enero 1995), 2 (febrero

1995), 3 (marzo 1995), 4 (abril 1995), 5 (mayo 1995), 6 (unjo 1995), 7 (julio 1995), 8 - 9 (Agosto. - sept. 1995), 10 (octubre1995), 11 (noviembre1995), 12 (diciembre 1995), 1 (enero 1996), 2 (febrero 1996), 3 (marzo 1996), 4 (abril 1996), 5 (mayo 1996), 6 (junio 1996), 7 (julio 1996), 8 - 9 (Agosto. - sept. 1996), 10 (octubre 1996), 11 (noviembre 1996), 12 (diciembre 1996).

JURISPRUDENCIA VENEZOLANA. Caracas, Ramírez y Garay. Tomos XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXV, XXXII, XLIX, LI, LVI, LXL, LXXI, LXXV, LXXXI, LXXXVI, CIV, CX, CXVII, IC, CXXVII.

VIEHWEG, Theodor; **Tópica y Jurisprudencia** Tr: Luis Diez - Picazo. Madrid. Edit. Taurus, 1964.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DECISION JUDICIAL Y SU MOTIVACION

Laura García Leal
Universidad del Zulia

Introducción.

Un estudio sobre las decisiones judiciales puede realizarse ubicándonos dentro del marco de la Teoría General de las Decisiones (Leunbach, 1960; Simón, 1967), lo cual nos permite la realización de una descripción teórica y simplificada de lo que es la toma de la decisión y los elementos constituyentes de dicho proceso.

El término "decisión" puede ser explicado en dos contextos diferentes:

1. En el Derecho, este término es empleado para designar el resultado de la actividad judicial y no implica ninguna calificación del resultado como conclusión o como elección más o menos libre.
2. Dentro de la Teoría General de las Decisiones, la elección definitiva de una decisión es la conclusión de un razonamiento al cual aquella se encuentra irremediabilmente unida.

Ahora bien, hablar de la decisión jurídica como conclusión implica una referencia a la construcción teórica e ideológica sobre la aplicación judicial del derecho. El empleo de esta terminología amerita una precisión sobre la lógica adecuada al discurso judicial lo cual indefectiblemente nos evoca las discusiones entre "formalistas" y "anti-formalistas" (Wróblewski, 1977).

Aplicando esta Teoría, se pueden señalar como elementos integrantes del proceso de toma de decisión, los siguientes: a) al sujeto que toma la decisión; b) a las diversas alternativas de elección; c) a la elección misma; d) a la "puesta en forma" de la decisión; y por último, e) a su justificación o motivación. Será en este último elemento en el cual centraremos nuestro estudio.

1. Elementos constituyentes del proceso de toma de decisión.

Un primer elemento es **el sujeto** que toma la decisión. Este sujeto puede ser individual o puede ser un colectivo. En el segundo supuesto, además se nos plantea el problema de la determinación de la decisión colectiva en función de las decisiones individuales de cada uno de los miembros de dicho colectivo.

Así, por ejemplo, con respecto al sujeto, consideramos que la decisión judicial no es simple. Deberá, en primer término precisarse la labor del juez actuando como Tribunal unipersonal o bien actuando como tribunal colegiado (Cortes, constitución de asociados, etc.). En otro sentido, dependiendo del sistema de derecho sobre el cual recaiga el análisis, encontraremos jueces desarrollando diversos roles: juez sustanciador, juez sentenciador, juez asesor. La acción del sujeto estará igualmente influenciada por el tipo de proceso, las facultades que el ordenamiento jurídico dé al órgano jurisdiccional, el nivel del tribunal y hasta las circunstancias específicas del caso. Cada juez al tomar una decisión agrega esta a la situación de controversia. Así, no es lo mismo un proceso ante un tribunal de primera instancia donde las partes en conflicto establecen los límites de la controversia, a un proceso que se desarrolla ante un tribunal de apelaciones donde ya no sólo juegan los alegatos de las partes sino que tenemos la decisión apelada lo cual habrá de ser tomada en consideración.

Un segundo elemento viene a estar constituido por **las diversas**

alternativas de elección tomadas en consideración por el sujeto llamado a decidir. Estas alternativas estarán basadas en la información de que dispone el sujeto y que, como veremos más adelante, proviene de muy diversas fuentes.

El tercer elemento sería **la elección** entre las diversas alternativas, lo cual se realizará de acuerdo a criterios de preferencia, influyendo el conocimiento (representación mental) de la situación, estimaciones, valores, razonamientos más o menos complejos, etc. Es debido a esos diversos factores - criterios de preferencia - que la elección a realizar por varios sujetos entre unas mismas alternativa puede ser diferente.

Como cuarto elemento tenemos **la decisión "puesta en forma"**, expresada ya sea en forma verbal o escrita o bien a través de otra acción.

Y un quinto elemento de la decisión lo tenemos en que, según las circunstancias, ésta deberá ser justificada o motivada (**justificación de la decisión**). Esto sucede cuando el sujeto da a conocer los argumentos en los cuales se apoya. Las situaciones que conllevan a esto son:

a) La propia situación de disputa o controversia en la cual se produce la decisión. Aquí la exigencia de motivación se origina en el propio auditorio o en previsión de algún conflicto posterior. (Perelman, 1973)

b) La obligación impuesta por alguna norma o regla.

Rasgo característico de una decisión judicial es que ésta debe ser tomada en base al derecho en vigor y que el tribunal (sujeto) no puede abstenerse de decidir so pretexto de insuficiencia del derecho

2. Decisión Judicial: Factores Análisis

En cuanto a la determinación de las diversas alternativas por el juez, se deben tomar en consideración los tres factores principales análisis ya

expuestos por Wróblewski (1978). Estos factores de análisis son:

- a) La información con la cual cuenta el juez
- b) Las actitudes epistemológicas
- c) Las actitudes para evaluar

En cuanto al primer factor, la información con la cual cuenta el juez proviene de muy diversas fuentes. Son informaciones sobre la ley y el derecho en vigor; sobre los hechos específicos al caso que le toca decidir, información ésta producto, principalmente, de las pruebas aportadas por las partes al proceso. Es probable que el caso esté enmarcado dentro de una situación socio-política-económica compleja que indudablemente lo refiera a sus propias vivencias y conocimientos en otras materias. Ej. máximas de experiencia. Aquí se incluye el estudio cuantitativo y cualitativo de la información y la determinación de la información que se debe acoger y seleccionar y cuál desechar.

La actitud epistemológica del juez comprende las disposiciones y facultades del juez en el plano cognoscitivo, sus capacidades intelectuales para comprender, seleccionar, combinar información y realizar inferencias (**Ibid.**).

La actitud del juez para evaluar se refiere al juicio sobre las estimaciones, a qué valores preferir en caso de conflicto. Esta actitud para evaluar está estrechamente vinculada a la actitud epistemológica, y además está influenciada por la forma como el juez recibe y selecciona la información así como por el tipo de razonamiento que realiza (**Ibid.**). La actitud para evaluar del juez está estrechamente vinculada a su ideología en la aplicación del derecho.

Estos tres factores, de acuerdo con el autor que venimos estudiando, pueden ser analizados desde dos planos: el nivel psicológico, el cual concierne a los fenómenos psíquicos del juez: cómo él comprende la información, cómo la selecciona, cómo razona, etc. Es desde este plano que encontramos la explicación psicológica de la decisión a la cual se hará referencia más adelante. Aquí cobra importancia la biografía del juez, su educación, su nivel de cultura, su situación existencial, los determinantes psicológicos,

Algunas reflexiones sobre la decisión judicial y su motivación

etc. El otro plano o nivel es el sociológico, el cual nos refiere a la motivación como explicación sociológica de la decisión.

Es así como la

"...sentencia no surge directamente de la ley: surge de la conciencia del juez, estimulada por múltiples motivos psicológicos, entre los cuales la ley constituye el motivo más importante, pero no el único; un motivo, que para transformarse en sentencia, tiene que encontrarse y fundirse, como en un crisol, con los demás motivos de orden moral, en contacto con los cuales se transforma, de abstracta proposición lógica, en concreta voluntad individual" (Calamandrei, 1975: 234).

3. Motivación de las decisiones judiciales.

La primera precisión que debe hacerse al respecto es sobre los diferentes significados que pueden darse a la frase "motivación de la decisión judicial"; al respecto consideraremos las cuatro acepciones señaladas por Wróblewski en su obra *Motivation de la Décision Judiciaire* (1978):

a) como "Justificación de la Decisión Judicial": está referida a la argumentación, entendida como la sustentación de la decisión tomada en caso de controversia.

b) como "Motivación Legal de la Decisión Judicial": está referida a las razones que sustentan la decisión cuando la ley lo exige, distinguiéndose "la motivación legal mínima" y "la motivación legal concreta".

c) como "Explicación Psicológica".

d) como "Explicación Sociológica".

3.1. Justificación de la Decisión Judicial.

Motivar una decisión es justificarla, demostrando que la valoración de los hechos probados en el proceso y las consecuencias jurídicas a ellos imputadas son conforme al derecho positivo vigente donde el juez actúa

(Petzold-Pernía, 1985: 31) es decir, "los motivos son las razones que el juez da para justificar su dispositivo" (Van Quickenborne, 1982), los cuales deben responder no sólo a los argumentos referidos a los hechos sino también a las razones jurídicas invocadas por las partes.

En la práctica una decisión es justificada solamente dentro de los límites de la controversia planteada y la justificación de la decisión debe ser entendida como racionalidad.

Siguiendo a Perelman (1973) podemos decir que lo particular en la manera como son solucionados los conflictos en el derecho es que el juez no sólo debe tomar una decisión que resuelva el caso concreto sino que dicha decisión debe ser motivada a los fines de demostrar que la misma es justa y conforme al derecho en vigor, *"el fallo puesto en forma no se presenta como un conjunto de premisas de las cuales se deduce una conclusión, sino como una decisión justificada por considerandos..."*, el razonamiento realizado por el juez en la sentencia se nos presenta como una muestra de razonamiento práctico, el cual no constituye una demostración formal, sino una argumentación que busca persuadir y convencer a aquellos a los que se dirige, de que tal elección o de que tal actitud es preferible a las elecciones, decisiones y actitudes concurrentes (**Ibid.**: 19).

Las controversias referentes a la justificación lógica de las decisiones judiciales están profundamente relacionadas con las discusiones básicas sobre: a) la lógica y la metalógica; b) la teoría fundamental del derecho y c) la ideología de la toma de decisiones judiciales (Wróblewski, 1977: 9).

Respecto al primer punto existen problemas tales como la aplicación de la lógica formal alética a las expresiones lingüísticas no proposicionales y a la construcción de una "lógica de las normas" (lógica deóntica). En el campo de la teoría jurídica fundamental existe una discusión entre formalismo y antiformalismo, la cual divide las opiniones sobre la naturaleza del razonamiento legal, e influye sobre las teorías relativas a

las funciones de aplicación del derecho. Estrechamente vinculadas con estas teorías, o aún mezcladas con ellas, están las ideologías referentes a la aplicación del derecho en general, y, en particular, las ideologías referentes a la función judicial (**Ibid.**)

El tribunal justifica, al menos algunas de sus decisiones, de acuerdo con las normas legales o con un estilo de decisión judicial aceptado en la práctica. La medida en la cual el tribunal justifica sus decisiones puede resolverse empíricamente, analizando los elementos de la sentencia de un juicio determinado o sobre bases del derecho comparado. Esta es la manera de resolver la controversia si se enfoca desde el punto de vista de la *praxis* de la justificación judicial. Se puede aceptar aquí una hipótesis, la de que en el material comparativo de distintas decisiones formuladas en distintos estilos, hay algunas que se aproximan bastante a las fórmulas silogísticas y algunas que no presentan esas similitudes (Gillis Wetter, 1960: 97 ss.)

En todo caso, sin embargo, se debe diferenciar entre el proceso psíquico de la toma de decisión y la justificación de una decisión judicial. La justificación en cuestión puede ser la descripción de este proceso o ser independiente de él. En el primer caso, la lógica desempeña un papel heurístico en la toma de decisión; en la decisión lógica anterior existe solamente una racionalización *ex post* de una decisión, la cual se ha alcanzado por otros medios (papel justificador). (Wróblewski, 1977: 14)

La justificación de la decisión judicial puede ser planteada en el esquema de un silogismo legal, de hecho es un recurso muy utilizado en la práctica judicial.

Debemos reconocer que una justificación silogística es lo suficientemente intuitiva (*fairly intuitive*) como para presentar la racionalidad de la decisión como basada en la norma aplicada y en el hecho del caso, y esto podemos sostenerlo independientemente de los procesos psicológicos fácticos de la toma de decisión y las variedades de los estilos de las decisiones judiciales (**Ibid.**).

Ahora bien, la decisión judicial debe ser una decisión justificada. El concepto de justificación utilizado aquí debe ser entendido como justificación lógica *sensu largo*. Es una justificación lógica en oposición a una justificación psicológica porque no se trata de una explicación de la decisión mediante fenómenos psicológicos del proceso de toma de decisión, sino según razones lógicas, o más bien tópicas.

Por tanto, la lógica a la que nos estamos refiriendo no es una lógica formal, sino una lógica material, jurídica, dialéctica o retórica. Las estructuras de pensamiento lógico formal nos pueden ayudar a los fines de la "puesta en forma" de la sentencia, como un argumento más entre la serie de considerandos que constituyen todo el proceso argumentativo.

La justificación *sensu largo* abarca no solamente el campo de la lógica alética formal, sino también razonamientos prácticos que tienen que ver con normas y valoraciones pertenecientes al campo de la Teoría de la Argumentación.

En definitiva, podemos sostener que a la lógica no formal o jurídica le corresponde un rol fundamental, como es el de justificar la decisión judicial (Petzold-Pernía, 1985: 34). La motivación de la decisión, entendida como su justificación, debe contener los argumentos necesarios para defenderla, como justa y conforme al derecho.

Modelo decisonal de aplicación judicial del derecho.

Wróblewski (1978: 128) plantea el llamado modelo decisonal de la aplicación judicial del derecho. Así este modelo señala las actividades que debe cumplir un juez a los fines de justificar una decisión judicial. Debemos señalar que cada una de estas actividades constituye una tarea o proceso de decisión en sí misma.

1. La "Decisión de validación" refiere a la elección de una norma válida capaz de servir de base normativa de la decisión. Esta elección constituye una operación compleja que va desde probar la validez de la norma, pasando por la solución de eventuales conflictos normativos.
2. La "Decisión de interpretación" nos refiere al problema de la interpretación del texto legal, al establecimiento del sentido a dar a la norma, al hecho de considerar, eventualmente, el texto legal como no lo suficientemente claro y por tanto tener que llevar a cabo un proceso interpretativo operativo con el objeto de remover cualquier duda que influya sobre la decisión. La determinación de esta norma, en su significado preciso, constituye una de las premisas de la decisión.
3. La "Decisión de Evidencia". El juez debe construir una decisión de evidencia para fundamentar que el caso sometido a su consideración ocurrió en un lugar y tiempo determinado. Para construir tal decisión el juez utiliza diversas clases de "evidencias" y las valora de acuerdo a las reglas de evidencia (pruebas) las cuales pueden ser empíricas o jurídicas. En el primer caso, la existencia de un hecho se establece empíricamente, de acuerdo con el paradigma, aceptado en algunas legislaciones, de la ciencia natural, sentido común, experiencia común o libre apreciación; en el segundo de los casos, la valoración de "evidencia" se determina *ex lege*. En cualquier caso, el juez debe declarar un hecho del caso y expresarlo en la terminología de la norma jurídica aplicable.
4. La operación lógica y semántica de subsunción de hecho del caso concreto dentro de la norma jurídica aplicable.
5. La "Decisión de Elección de Consecuencias". El juez tiene que determinar las consecuencias legales del hecho del caso de acuerdo a la norma jurídica aplicable. Esta norma puede fijar solamente una de las posibles consecuencias o puede también proporcionar un área de posibles consecuencias. En este último caso, la escogencia de las

consecuencias es necesaria para construir la decisión.

En la situación concreta de aplicación judicial del derecho, la norma aplicable se interpreta: hay una elección de las consecuencias legales y hay directivas de interpretación, directivas de evidencias empíricas y legales, y directivas de escogencia de las consecuencias. Solamente las directivas de la evidencia legal se expresan como hipótesis en la ley, todas las restantes pueden ser formuladas, bien sea como normas legales o elaboradas por la doctrina jurídica o por la jurisprudencia. Diversas evaluaciones influyen en la elección y uso de estas directivas, aun cuando la norma aplicable no utilice expresiones valorativas. (Wróblewski, 1977: 24-25; Petzold-Pernía, 1985: 30-31).

Las decisiones planteadas constituyen cada una de ellas, indudables muestras de razonamiento jurídico, aplicaciones de lógica jurídica, real labor del hombre de derecho.

3.2 Motivación legal de la decisión judicial.

De acuerdo con Wróblewski, se puede decir que la motivación legal de la decisión judicial es la justificación exigida por la ley (motivación legal mínima) o la justificación dada por el Tribunal para sustentar el caso concreto cumpliendo así un deber impuesto por la ley (motivación legal concreta)(1978: 122-127).

Ahora bien, para el análisis de la motivación legal mínima deben emplearse las técnicas de análisis lógico y semiótico de los textos de la ley, mientras que para realizar el estudio de la motivación legal concreta se toma en cuenta el texto mismo de la decisión y se recurre a técnicas sociológicas y psicológicas, las cuales nos explicarán la fundamentación de la misma. Las comparaciones entre la motivación legal mínima y la motivación legal concreta nos muestran la clásica distinción entre la ley y la práctica judicial (**Ibid.**).

La mayoría de las legislaciones actuales establecen el deber para el aplicador del derecho de motivar sus decisiones. Así, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil Venezolano en su artículo 243, establece:

“Toda sentencia debe contener:

- 1º) La indicación del Tribunal que la pronuncia.
- 2º) La indicación de las partes y de sus apoderados.
- 3º) Una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteada la controversia, sin transcribir en ella los actos del proceso que constan en autos.
- 4º) Los motivos de hecho y de derecho de la decisión.
- 5º) La decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia.
- 6º) La determinación de la cosa u objeto sobre que recaiga la decisión.

De la anterior disposición se desprende que la sentencia consta de tres partes:

- Parte Expositiva o Narrativa
- Parte Motiva
- Parte Dispositiva

En la parte *expositiva o narrativa* se van a indicar, entre otras circunstancias, los nombres de las partes, los datos que las identifican, la pretensión y la defensa. Esta indicación debe ser una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en los cuales ha quedado establecida la controversia, es decir, la parte narrativa debe ser expresión de los términos de problema judicial o *thema decidendum*.

La parte *motiva* es la expresión de los razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez fundamenta su decisión. Con esta exigencia, se protege a las partes contra lo arbitrario, de tal modo que la

decisión aparezca como el resultado de un juicio lógico del juez, fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho comprobadas en la causa, cuya expresión en la sentencia hacen que ésta contenga en sí misma la prueba de su conformidad con el derecho y de que los elementos de la causa han sido cuidadosamente examinados y valorados (Cfr. G.F., No. 2: 245/G.F., No. 8: 263).

En la parte dispositiva se contiene la decisión propiamente dicha, la cual debe ser expresa, clara y precisa, con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia, y la determinación de la cosa u objeto sobre que recaiga la decisión.

La casación ha venido admitiendo reiteradamente que la parte dispositiva de una sentencia puede no encontrarse íntegra en su parte final, porque puede haber puntos que se decidan en la parte motiva de ella, en el cuerpo de la sentencia, por considerar el sentenciador que es necesario para darle mejor orden y claridad a la decisión; y cuando así ocurra, lo resuelto de tal forma debe considerarse incorporado a la parte dispositiva del fallo (Gaceta Forense No. 6 -2da. Etapa, Vol. II, p.63).

Y al explicar el numeral 4° del citado artículo, Cuenca sostiene que la motivación es “un conjunto metódico y organizado de razonamientos que comprende los alegatos de hecho y de derecho expuestos por las partes, su análisis a la luz de las pruebas y de los preceptos legales y el criterio del juez sobre el núcleo de la controversia” (Casación: 126).

La motivación del fallo constituye un deber administrativo del magistrado. La ley se lo impone como una manera de fiscalizar la actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria (Couture, 19: 181).

De aquí que podamos sostener que la exigencia de motivación protege a las partes contra lo arbitrario, para que la decisión del juez aparezca como el resultado de un juicio lógico fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho comprobadas en la causa. La motivación del fallo no son meras afirmaciones del juez sino razones y “demostraciones” de lo resuelto en el dispositivo del fallo.

Como el poder del juez, al momento de su decisión, se encuentra vinculado al derecho (*quaestio iuris*) y a la certeza de los hechos (*quaestio facti*), se sigue de aquí que la motivación del fallo haya de comprender ambas cuestiones, como expresamente lo exige el artículo 243, ord. 4º del C.P.C. (Pierre Tapia, 1989-02: 121).

La *quaestio iuris* debe contener las razones de derecho que condujeron a lo dispositivo, lo que significa que el juez debe mencionar las normas generales y abstractas de la ley que utilizó para determinar el contenido material de la norma individual en que consiste la sentencia, lo que no puede obviarse en ninguna forma, por tratarse de un proceso de individualización y concreción de mandatos que deben ser expresados en el acto. Este deber no somete al juez a las disposiciones y argumentos de derecho que mencionaron las partes, porque la ley no le prohíbe que supla elementos de derecho que no hubieren sido alegados, al contrario, por el principio *iura novit curia* el juez está en el deber de aplicar los preceptos de la legislación positiva aunque los mismos no hubiesen sido alegados por las partes (Gaceta Forense, No. 52 (2ª Etapa), p.424).

En relación con la cuestión de hecho, el juez debe llegar a la convicción o certeza moral y jurídica de la existencia de aquellos alegados por las partes tanto en la demanda como en la contestación, y expresar en la sentencia las razones que le han llevado a esa convicción, las pruebas que ha considerado y el valor que les ha atribuido.

De forma tal que lo que tiene valor como apreciación de las pruebas y

de fundamentación congruente, no es la mera afirmación que haga el juez de haber apreciado y comparado las pruebas, sino el procedimiento lógico seguido para el análisis y en la utilización de los recaudos y demás elementos del proceso, labor que debe quedar revelada en el fallo (Corte Federal y de Casación, Actuaciones en el año 1946, Memoria 1948, pp.199 y ss). En otro sentido, la Corte ha señalado que no son aceptables ciertas expresiones usadas por los tribunales en algunos casos, tales como: “resulta demostrado de las pruebas evacuadas”, “aparece comprobado de autos”, “consta en autos”, etc., las cuales lejos de ser motivos fundados, constituyen peticiones de principio, porque aceptan como demostración o como prueba aquello mismo que debe ser probado. (Gaceta Forense, No.43 -2ª Etapa -: 273-274). Tampoco le está permitido al juez elegir caprichosamente las pruebas en que ha de fundar su razonamiento o conclusión, porque está obligado a atenerse a lo alegado y probado en autos, debe analizar y juzgar cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio sean inidóneas o inaptas para ofrecer algún elemento de convicción. Aun en este caso de pruebas consideradas estériles, ellas no pueden pasarse por alto, silenciarse o ignorarse por el juez, desconociéndose así cuál sea el criterio del sentenciador respecto de ellas, sino que éste debe expresar también el motivo de su determinación. (Gaceta Forense, No. 5, p. 242).

3.3. Explicación psicológica de la decisión judicial.

La motivación se refiere tanto al proceso psíquico de elección como a la expresión que lo manifiesta. De tal forma que si se utiliza el término motivación como motivación de las decisiones judiciales, se está denotando el proceso psíquico de toma de decisión judicial o la expresión verbal que lo representa (vg. sentencia). Aún cuando podamos señalar diferencias entre "justificación", "motivación legal" y "motivación de la decisión", en sentido psicológico se emplea la expresión "explicación psicológica de la decisión" (**Ibid.:** 131).

La explicación psicológica de la decisión judicial es una descripción de los procesos psíquicos. En este caso se utilizan los conceptos de la psicología y de la teoría psicológica para analizar la actividad del juez.

La psicología de la decisión judicial, si bien debemos reconocer que requiere de un mayor análisis sistemático, deberá partir del análisis de la Teoría de las Decisiones y de la Teoría General del Comportamiento. (Weimar, 1969: 167; Gorphe, 1952: 67).

Para comprender la decisión, es necesaria la descripción del razonamiento y de las estimaciones a la luz de las teorías psicológicas y el análisis de la actitud epistemológica y evaluativa del juez, así como mostrar su influencia sobre la toma de decisión. De aquí que, la explicación, basada en una descripción de los procesos psíquicos y de la personalidad del juez, dependa de la teoría psicológica admitida y de la metodología aceptada. (Gorphe, *op. cit.*: 112 ss.).

3.4. Explicación sociológica de la decisión judicial.

La decisión judicial puede ser explicada como un hecho social. Esta explicación (Wróblewski, 1978: 132) puede ser vista como una explicación más profunda del proceso psíquico de la motivación; es tratar la decisión judicial como un elemento integrante del complejo sistema de relaciones sociales.

El autor presenta, sobre este tipo de explicación, dos puntos de vista:

Primero: Parte de asumir que los procesos psíquicos que dan origen a una decisión judicial pueden ser explicados como hechos sociales. Son las bases sociales de la personalidad del juez las que determinan su actitud epistemológica y evaluativa, las cuales a su vez influyen en la decisión concreta. De este modo, es en una especie de psicología social de la decisión judicial donde podemos encontrar una explicación más profunda que en la psicología individual (**Ibid.**).

Segundo: La explicación trata la decisión como un elemento del complejo sistema constituido por las relaciones entre la estructura económica, social y política de la sociedad global, el derecho y el Estado, la actividad judicial, las consecuencias de las decisiones judiciales sobre el plano social, etc. (**Ibid.**).

Conclusión.

Un proverbio chino nos señala que “De diez razones que impulsen a un magistrado a decidir un caso habrá nueve desconocidas para el público” (Piñeiro, 1975: 145). Esto se debe a que la decisión judicial es una decisión compleja, producto de múltiples factores. Indudablemente, el principal motivo es la ley - tiene que ser la ley -, punto de partida de todo el razonamiento, pero no lo único a tomar en cuenta. De aquí la existencia de razones de orden moral, social, económico, cultural, político que en un momento determinado puedan influir, y de hecho influyen, en la toma de la decisión.

“La sentencia no es, por consiguiente, el producto automático de la aplicación de las leyes a los hechos, sino la resultante psicológica de tres fuerzas en juego, dos de las cuales, al tratar cada una de arrastrar en su propia dirección a la tercera, despliegan entre sí una competición reñida, que no es sólo de buenas razones, sino también de habilidad técnica para hacerlas valer” (Calamandrei, 1973: 262). Esa habilidad para hacer valer “mis buenas razones” o “mis mejores razones” no es más que una muestra de razonamiento práctico, campo propio de la Teoría de la Argumentación. El juez debe hacer igualmente gala de esa habilidad a los fines de hacer aceptable su decisión, no sólo a las partes sino también a las instancias superiores que eventualmente pudieran conocer de ellas, tal como nos señala Perelman “... no basta que la decisión parezca equitativa, es necesario además que sea conforme al derecho en vigor, y aceptable como tal, para los que la examinarán” (1976: 163).

Así, la motivación de las decisiones judiciales entendida como justificación - *sensu largo* -, refiere al campo de las argumentaciones, de la lógica material, la cual permite el análisis del discurso y no puede ser reducida a los formulismos de la lógica tradicional o formal.

Lista de Referencias.

- CALAMANDREI, Piero: **Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código.** Trad. del italiano por Santiago Sentís Melendo. Vol. III, Buenos Aires, E.J.E.A., 1973.
- COUTURE, Eduardo: **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, 3era. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.
- CUENCA, Humberto: **Derecho Procesal Civil**, Tomo I, Ediciones de la Biblioteca Central de Venezuela, 1981.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: **Introducción al estudio del Derecho**, Editorial Jurídica, México, 1960.
- GILLIS WETTER, J.: **The styles of Appellate Judicial Opinions**, II vol., Leyden, 1960.
- GORPHE, F.: **Les décisions de justice, Etude psychologique et judiciaire**, París, 1952.
- KALINOWSKI, G.: **Application du droit et prudence**, ARSP, 1967.
- LEUNBACH, G.: **Some Models for Decisions and Evaluations**, Ed. G.H.G.G., Copenhagen, 1960.
- QUICKENBORNE, M. van: **La Portee Logique de l'obligation de Motiver**, ponencia presentada en el XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, en la obra **La Lógica Jurídica y la Actividad Judicial** de Hermann Petzold Pernía, **Estudios Jurídicos y Políticos. Varios.** Colección de Cursos y Lecciones. IFD-LUZ. 1985.

QUINTOS, A. M.: Ciencia y problemática de la aplicación del derecho, Trad. Ramirez-Rey, Ed. Juris, México, 1973.

PETZOLD PERNÍA, Hermann: **La Lógica Jurídica y la Actividad_Judicial en Estudios Jurídicos y Políticos. Varios.** Colección de Cursos y Lecciones. IFD-LUZ. 1985

PERELMAN, Chaïm: **El Razonamiento Jurídico**, Trad. Hermann Petzold Pernía, Cuaderno de Trabajo No. 5, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho-LUZ, 1973.

Logique Juridique. Nouvelle rhétorique. París, Dalloz, 1976.

PIÑEIRO, Jaime: **Los mejores proverbios chinos.** Recopilación. Barcelona, Bruguera, 1975.

SIMON, H.: **Models of Man, Social and Rational**, The Ronald Press Company, New York, 1967.

WEIMAR, R: **Psychologische Strukturen der richterlicher_Entscheidung** en la obra **La Motivation des décisions de_Justice**, trad. M. Ancel, Travaux du Centre Nationale de Recherches de Logique. Bruxelles, 1978.

WRÓBLEWSKI, J.: **Silogismo Legal y racionalidad de la decisión_Judicial**, Trad. Alberto Serrano, Cuaderno de Trabajo No. 19, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho-LUZ, 1977.

Motivation de la Décision Judiciaire, en la obra **La Motivation des décisions de Justice**, Travaux du Centre Nationale de Recherches de Logique. Bruxelles, 1978.

**DECISIONES JUDICIALES: ¿Generadoras de cambios
jurídico-sociales?
POSITIVISMO JURIDICO vs REALISMO JURIDICO.**

Suying Olivares
Universidad del Zulia

I. La Decisión Judicial: ¿Más allá del Positivismo Jurídico?

Constituye ya un lugar común afirmar que los jueces crean Derecho cuando dictaminan en los casos particulares a la hora de dictar sentencia (Bernard, 1985). Sin embargo, debemos tomar en cuenta las diversas posiciones contradictorias que en el campo de lo social giran alrededor de esta postura frente a la realidad jurídica.

Plantearse cuál es la función que debe cumplir el Juez como sujeto cultural en los procesos de transformaciones jurídico-sociales dentro del Estado Moderno y particularmente, dentro de un Estado Social de Derecho como el nuestro, aunque de manera retórica, es una tarea complicada de realizar. Más aún cuando el propio Estado se reserva la administración de justicia para ser ejercida a través de uno de sus poderes: El Judicial.

Es sabido que antes del surgimiento del Realismo Jurídico en los Estados Unidos de Norteamérica, prevalecía un Positivismo de tipo lógico-sistemático que contraponía la jurisprudencia al avance industrial y social de la época.

La insuficiencia del Positivismo para explicar la realidad jurídica en su totalidad es evidente. Dice al respecto E, Martínez Paz:

"Estas soluciones extremas (Positivismo y racionalismo) nos llevan a conclusiones que no pueden satisfacer; el positivismo tiene que imponer la negación de todo principio permanente y

universal, de toda sustancia, para mostramos tan sólo las normas positivas, leyes o códigos, que excluyen por sí la posibilidad de un saber estable; el racionalismo, en su afán subjetivista, llega a fundar códigos de razón, asentados en la simple evidencia, que nos hace menospreciar y olvidar los verdaderos códigos que la realidad nos ofrece....." (1940; 76-77).

El Realismo Jurídico Norteamericano ha destacado la función central del Juez dentro de la Administración de Justicia. Es imposible en un análisis riguroso de la problemática jurídica, pretender limitar el Derecho al simple formalismo del artículo 2 de la Ley Orgánica del Trabajo, por ejemplo, como lo intentó la exégesis del siglo XVIII, inclusive en varias escuelas de Derecho en el siglo actual, pretendiéndose con ello reducir el Derecho a la Ley (Positivismo Jurídico), llegando a admitir ésta última, como la más completa y absoluta fuente del Derecho.

Ahora bien, el desenlace del conflicto del conocimiento no puede justificarse en base a sistemas que sacrifiquen la realidad en ofrenda a la razón, o que nos impongan abdicar a todo conocimiento cierto, sumergiéndonos en la complejidad de los hechos. Ante estas posiciones, un análisis riguroso descubre que existe indudablemente un principio universal, permanente, que está por encima de las transformaciones de los hechos, a la vez, que se observa un proceso de transformación constante; es decir, que toda solución debe contar con estos dos aspectos de lo real.

Empero, si bien es cierto que el Positivismo descuida los valores implícitos en la norma jurídica, no es menos cierto, que el Realismo Jurídico descuida totalmente el aspecto normativo y valorativo (Delgado Ocando, 1970:190).

Es importante tener presente la estabilidad del Derecho, sin que éste llegue a permanecer inmóvil como bien los sostenía Roscoe Pound. Ello nos conduce al problema en las instituciones jurídicas, de conciliar estas dos tendencias dentro del ordenamiento jurídico.

*Decisiones judiciales: ¿Generadoras de cambios jurídico-sociales?
Positivismo jurídico vs realismo jurídico.*

Asimismo, a tener en cuenta la necesidad de integrar la antinomia entre **Estaticidad del Derecho** en cuanto orden racional, seguro, cierto, de una sociedad y su **Dinamicidad**, que envuelve los incesantes cambios o transformaciones colectivas, individuales, políticas, económicas, sociales, dentro del contexto social.

Las consideraciones antes expuestas buscan reivindicar la función que cumple el Juez como columna vertebral del sistema jurídico. Ello implica por lo tanto, un estudio riguroso, detenido, no sólo de las personas que cumplen tan trascendente tarea, sino de los resultados de sus actuaciones que se manifiestan en las decisiones judiciales.

La Administración de Justicia no debe ser concebida como un estándar. El proceso de aplicación judicial del Derecho no puede ser descrito como el silogismo legal porque la decisión se alcanza no por razonamiento sino por valoración; un razonamiento podría solamente justificar la decisión como una racionalización ex post (Wróblewski, 1977: 12) "... El Derecho es el todo del objeto interpretado; la ley es sólo una parte..... La ley siempre es Derecho, pero no todo Derecho es ley" (Couture E, 1950: 15-16).

Ciertamente, todo intérprete es, aunque no lo quiera, un filósofo y un político de la Ley (Ibid: 26). En el ordenamiento jurídico están comprendidos también elementos extra-legislativos, es decir, representaciones valorativas vivientes en los cambios y en las relaciones jurídicas.

Las controversias referentes al silogismo legal son comunes en la ciencia jurídica del Derecho legislado. Esto es fácilmente explicable por la evidente naturaleza de la decisión judicial como acertadamente afirma Wróblewski, cuando se le considera como aplicación de una norma legal general (una ley) a los hechos concretos del caso (1977: 11).

De allí que para el autor, las controversias respecto de la justificación lógica de las decisiones judiciales, estén íntimamente vinculadas con muchas discrepancias básicas entre la **Lógica y la Metalógica, la Teoría Fundamental del Derecho y la Ideología de la Toma de las Decisiones Judiciales** y estas multifacéticas implicaciones del silogismo judicial influyen sobre el contexto dentro del cual se discute este silogismo (Ibid).

Entonces, podemos sostener en cuanto a la manera como se solucionan los conflictos en el Derecho, siguiendo el pensamiento de Perelman:

"Es que el Juez no solo debe tomar una decisión que resuelva el caso concreto sino que dicha decisión debe ser motivada a los fines de demostrar que la misma es justa y conforme al Derecho en vigor, el fallo puesto en forma no se presenta como un conjunto de premisas de las cuales se deduce una conclusión, sino como una decisión justificada..... el razonamiento realizado por el Juez en la sentencia se nos presenta como una muestra de razonamiento práctico, el cual constituye no una demostración formal sino una argumentación que busca persuadir y convencer a aquellos a los que dirige, de que tal elección o de que tal actitud es preferible a las elecciones, decisiones y actitudes concurrentes (1973:19)."

Por todo ello como expone Ch. Perelman :

"Las teorías jurídicas,..... no se imponen porque sean verdaderas o porque permitan, como en las ciencias, prever mejor los fenómenos desconocidos, sino porque ellas suministran justificaciones, permitiendo restringir o extender el alcance de las reglas de Derecho, de una manera aceptable, por parte de las Cortes y los Tribunales. Es en la medida en que suministran las razones de una solución aceptable, que serán tomadas en cuenta por la jurisprudencia (Ibid: 1974: 21-22)".

Sostener lo anterior no implica, como lo afirma Petzold Pernía, "proclamar el imperio de la arbitrariedad judicial o administrativa, puesto que, según la máxima latina *lex est aliquid rationis*, la *razón* (práctica) es esencial a la estructura del Derecho positivo, en cuanto

*Decisiones judiciales: ¿Generadoras de cambios jurídico-sociales?
Positivismo jurídico vs realismo jurídico.*

exigencia de coherencia intrasistemática del ordenamiento jurídico y de adecuación de éste a la cosmovisión del mundo y de la vida de los seres humanos cuyo comportamiento interferido pretende registrar..." Resaltado del autor (1996:18).

En síntesis, podemos decir, desde este punto de vista que comparto, que a la lógica no formal o jurídica le corresponde un rol fundamental, como es el de justificar la decisión judicial (Ibid: 34), sin desconocer los principios y elementos, que están detrás de la Ley en un constante cambio y devenir, o lo que Alf Ross denomina "*tradición de cultura*" o "*código social*".

En tal sentido, una auténtica jurisprudencia para la solución de los conflictos jurídicos debe tomar en cuenta "tres aspectos del dato jurídico, porque el Derecho es una realidad cambiante que tiene simultáneamente, un **aspecto normativo**, un **aspecto valorativo** y un **aspecto real**" (Delgado, op. cit. : 191).

II.- El Problema de las ideologías como factor social determinante en las Decisiones Judiciales.

En segundo lugar, debemos analizar la ideología como un factor determinante en la decisión judicial, ya que la definición de la actividad o de la función jurisdiccional en un determinado sistema jurídico, está estrechamente vinculada al sustrato ideológico en el cual descansa dicho sistema, como bien lo sostiene Bernard (1.985).

Respecto al problema de que si las ideologías presentes en el Juez ejercen presión en sus decisiones, se hace menester aclarar, en primer lugar, lo que debemos entender por ideología.

Debemos entender por ideología, la conciencia falsa que se da de una situación social, de tal manera que dicho pensamiento no se tiene en cuenta o se desestima, pues se juzga radicalmente apartado

de la realidad. (Mannheim Karl, 1958:11 7-122), o bien como señala Carlos Cossio:

"La ideología..... aunque pueda presentarse verbalmente en la forma de un ideal, no cumple ninguna función de conocimiento respecto de los hechos cuyo sentido pretende ser, ya que..... si bien tanto la ideología como el ideal se expresan por una noción generalizada utilizada como proyecto o pauta para la acción, sólo el ideal real consiste en el reconocimiento y aprecio del valor práctico de dicho proyecto o pauta..... La ideología ni capta ni asigna sentido a los hechos humanos. Construida autónomamente sin referencia de apoyadura sobre la experiencia y así profesada luego por sí misma, juzga de los hechos sin neutralidad, con juicio sectario o utópico, porque los denigra o los exalta según discrepen o concuerden con ella" (Cossio, 1954: 275-276).

O como afirma Manuel Osorio, en otro sentido, ".....un modo de manifestares a través de ideas la constitución interna de la sociedad; y es por consiguiente tanto una manera de conocimiento como una forma de ocultación." (Ibid, op. cit: 360).

Las ideologías están fuera de los hechos, desligadas de ellos. Por las razones expuestas por Cossio, ellas pueden prescindir de la naturaleza y de la existencia de los hechos, sin quedar alteradas o afectadas por ello. El ligamen de las ideologías con los hechos no es real, sino por el contrario, ese ligamen de las representaciones psicológicas, el cual opera como un marco de comparación a través de un acto de voluntad, en el que se hace "recostar" a la experiencia como un lecho de Procusto, sin que importe lo que a ésta sobre o falte para rellenar el marco.

Ahora bien, toda decisión judicial se expresa por un acto de voluntad: permitir, negar, autorizar, constituir, etc., pero el acto de decisión podemos ubicarlo, como bien lo sostiene el Delgado Ocando, en el nivel psico-social donde sería fundamental distinguir "la conciencia jurídica de la ideología jurídica. **La primera** es una forma específica de conciencia social determinada dialécticamente

por condiciones socioeconómicas. **La segunda** es un sistema de ideas y opiniones que expresan los intereses de las diversas clases...”Resaltado nuestro(Ibid, 1987: 125).

Por otra parte, entre **la conciencia jurídica y su ideología existe una relación recíproca**. La conciencia jurídica, en cuanto forma específica de conciencia social, es un sistema de sentimientos, de estados de ánimo, de orientaciones de la voluntad, costumbres, pensamientos e ideales, que se expresan en valores y que logran, a través de la ideología jurídica, una conciencia concentrada y sistemática. Resaltado nuestro (Ibid).

Tanto la conciencia jurídica como la ideología jurídica (nivel psico-social), tradicionalmente están condicionadas por la base socio-económica (nivel material). El nivel material y el nivel psico-social forman en este sentido el nivel normativo “**que sirve de estructura de fondo para perfilar el sentido de la conducta**”. Resaltado nuestro (Idem,77).

En toda ideología y es muy importante resaltar como lo sostiene Moskvichov, están contenidos o implicados dos aspectos, a saber: **el gnoseológico y el funcional**. En el primero, la ideología se presenta como sistema de teorías y de ideas de una u otra sociedad o clase o grupo social especialmente condicionadas. En cambio, en el segundo, cada ideología, sea científica o no, desempeña misiones concretas al interior de la sociedad, grupo o clase (Cfr.1974:72). Es decir, la ideología como **sistema de teorías**, se vincula con la interpretación sistemática del desarrollo histórico de la sociedad, además de participar en el señalamiento de las metas y formas de la actividad práctica, de allí, que la ideología argumente ideales sociales, políticos, jurídicos, económicos, etc., implicando siempre una toma de posición frente a otras ideologías en forma libre o solapada y pueda terminar reflejando ajustadamente o no la realidad social. En el segundo, como **sistema funcional**, la ideología provee conocimientos, ideas y teorías con pretensión de que se ejecuten en

la práctica, constituyéndose así en un principio rector de la actividad práctica. Resaltado nuestro (Cfr.Idem,74).

La ideología concebida desde esta perspectiva se convierte en teoría y praxis, ya que no sólo representaría los ideales políticos, sociales, económicos, etc., de una sociedad, grupo o clase, sino también implicaría la posibilidad y justificación material de que éstos deban ser cumplidos en la práctica.

Dentro del problema de las ideologías como factor determinante de las decisiones judiciales, es fundamental como sostiene Wróblewski, establecer una definición y tipología de la aplicación judicial del Derecho.

Esta ideología está referida “al conjunto de postulados y estimaciones que determinan cómo el Juez debe hacer sus decisiones y determina en particular, la posición del Juez ante la ley precisando los valores que debe realizar” (Ibid,1974:49).

En este sentido, siguiendo al autor (1974), se deben señalar tres tipos de ideologías que guían y orientan la actividad jurisdiccional:

- A. La ideología de la decisión determinada.
- B. La ideología de la libre decisión judicial, y
- C. La decisión legal y racional.

A.- En cuanto a esta primera ideología, la misma va acompañada de la idea del sistema cerrado y axiomático a partir del cual es posible resolver jurídicamente cualquier problema, mediante procesos de abstracción que conduzcan a la formación de conceptos y a sus subsiguientes deducciones lógicas; es decir, en el marco de esta ideología, la sentencia es concebida como mera aplicación de la norma general, correspondiendo a la concepción clásica en la cual el Derecho se identifica con la ley (Cfr.Bernard,1985: 163).

*Decisiones judiciales: ¿Generadoras de cambios jurídico-sociales?
Positivismo jurídico vs realismo jurídico.*

B.- Wróblewski distingue en este tipo de ideología, una tendencia radical y una tendencia moderada de la libre decisión radical (Ibid,op.cit:54-55). En la primera, se sostiene el predominio de la valoración del Juez respecto de la Ley, pudiéndose incluso dar una decisión contraria a la misma (**contra legem**) (Bernard,op.cit:166), En cuanto a la tendencia moderada de la libre decisión judicial, ésta es el resultado de un salto cualitativo a partir de la evolución de la ideología de la decisión determinada (Idem,167). Sin embargo, a pesar de haber constituido un avance, ésta concepción terminó siendo influida por el Positivismo.

C.- En esta última ideología señalada por Wróblewski, la cual sirve de guía a la actividad jurisdiccional, éste plantea en términos tradicionales la separación entre creación y aplicación del Derecho cuando sostiene “Se puede formular el concepto de aplicación del Derecho de modo que sea adecuado a la ideología de la decisión legal y racional” (Ibid, op.cit: 57). Sin embargo, como afirma Bernard”...., la fractura operada en la ideología de la decisión determinada entre una norma general y una norma individualizada, es sólo recompuesta formalmente en la pirámide Kelseniana, pero no da cuenta de la dimensión material del papel creador del Juez” (Ibid.,op,cit:168).

Esto justifica, como afirma Heck, "....,que toda decisión deba ser interpretada como una delimitación de intereses contrapuestos, conseguida mediante juicios e ideas de valor," (Ibid,1961 ; 73).

Para poder explicar la operativización de las ideologías en el Juez al momento de cumplir su función, es necesario descender obligatoriamente al caso concreto, porque es precisamente sobre casos concretos que sentencia el Juez y casos concretos son los que defiende el abogado. (Carlos Cossio, 1961:1090).

La sentencia es, desde luego, producto del papel creativo del Juez, no surge como afirma Calamandrei "directamente de la ley, surge de la conciencia del Juez, estimulada por múltiples motivos psicológicos, entre los cuales la ley constituye el motivo más importante, pero no el único; un motivo, que para transformarse en sentencia, tiene que encontrarse y fundirse, como en un crisol, con los demás motivos de orden moral, en contacto con los cuales se transforma de abstracta proposición lógica, en concreta voluntad individual." (Calamandrei,1973 : 234).

Pero la ideología jurídica que niegue la **creación del Derecho** por medio de los jueces, sostiene Cossio, es **necesariamente favorecedora del capitalismo**, pues trae como consecuencia una estabilización del **Statu Quo**, del régimen económico social vigente, el cual favorece abiertamente los intereses de la clase burguesa.

Es cierto, que el administrador de justicia puede en su decisión judicial, mantener el statu quo, es decir, conservarlo o innovar, Cossio al respecto señala:

"La opción conservadora , el mantenimiento del statu quo capitalista se presenta como neutralidad lógica..... carente de valoración alguna, incluso, valoración de matices; así pues, se logra el enmascaramiento de una situación radicalmente ideológica que viene dada por la necesidad de defender y sostener una situación. Se trata, entonces de formar la leyenda o mito cuyo cuestionamiento resulta tabú de la omnipotencia del legislador y del papel mero declarativo del Juez, y esto se logra otorgando a la ley una superioridad extrínseca, no solamente cuando es aparente por medio de los textos respectivos, sino incluso cuando no es aparente, por medio de su espíritu." (Idem,1094).

Esto es producto, como afirma Cossio, de que "el Juez se ampara en la omnipotencia de la ley..... para desoír los reclamos comunitarios que le llegan precisamente por la función que ejerce; y con la esperanza de una reforma legislativa que se limita a señalar, el Juez satisface los cargos de conciencia que le ocasiona la conciencia del

*Decisiones judiciales: ¿Generadoras de cambios jurídico-sociales?
Positivismo jurídico vs realismo jurídico.*

cargo. La reforma legislativa no llega nunca porque ahora actúa el control que el capitalismo detenta sobre el poder legislativo cuya manera efectiva de funcionar esta organizada aparentando que aquel control no existe en modo alguno." (Ibid).

Pues bien, si nos adhiriéramos a la tesis de que el *Juez en sus decisiones no crea Derecho*, sino que por el contrario, la justificación de su decisión es el resultado esquemático de un silogismo legal (Corriente Positivista), estaríamos aceptando y contribuyendo a la estaticidad de la sociedad, en el sentido de que no se generen cambios o avances producto del movimiento expansivo natural de sus instituciones y de que las normas jurídicas terminen representando modelos inmóviles, asfixiantes, para sus destinatarios.

Si por el contrario somos partidarios de que el *Juez es creador de Derecho* en su función jurisdiccional (Teoría Ius-Realista), nos encontramos ante el problema de la revisión jurídica superior de tal creación. El Derecho como regulador coactivo de la conducta humana que es, requiere distinguir quiénes son los sujetos u órganos que ejercen dicho control dentro de la sociedad.

Cuando los administradores de justicia asumen la postura de no admitir su papel creador de Derecho, lo hacen con el fin de no romper con ese hábito mental. Se ve como inconveniente decir abiertamente que el Juez crea Derecho. Sería rechazado como abuso de funciones o "usurpación ilícita de facultades", las cuales corresponden únicamente al órgano legislativo" (Frank, 1951: 188-189).

Finalmente cabe preguntarnos: ¿El Juez patrio actúa y dictamina en base a una ideología?. Sin querer dar una respuesta apriorística al respecto, derivada de una teorización al margen de los datos ontológicos, como bien expresa Cossio, se puede percibir la ideología capitalista en la variante con que se presente, en cualquier código, en cualquier tratadista, en cualquier escuela. No es que no

quepa verla también en el Legislador y en el Constituyente; pero se le ve mucho mejor con su técnica de ocultamiento en el nivel del Juez, pues aquí culmina su pretensión científica, al situarse en el Juez el canon del sujeto cognoscente (Ibid, op.cit;1096).

Pero al respecto, si debemos resaltar que la **Jurisprudencia es el reflejo de la expresión de una realidad cultural en tanto ciencia de la sociedad políticamente organizada (Estado Jurídico)**. La finalidad de la función jurisprudencial consiste en mediatizar la relación de dominación a la vez que consolida los intereses de la clase dominante; por ello la interpretación judicial responde a **patrones ideológicos-políticos** determinados. Resaltado nuestro. (Barboza M. y Sánchez J., 1987:38).

En las decisiones judiciales sólo "vemos uno de los aspectos de esa racionalización, a saber; '**La forma del Derecho, la afirmación de su racionalidad y sus residuos subjetivos, en fin su carácter super-estructural, es decir, el énfasis en el aspecto racional (la ideología del Estado de Derecho se encarga de persuadir sobre la racionalidad y neutralidad de la decisión judicial) y formal. Sin embargo, esto revela la importancia de la función judicial como mecanismo de sostén del orden hegemónico'** ", Resaltado nuestro. (Ibid.).

Reflexión final.

El Derecho es un fenómeno cultural, inmerso en un contexto político, social, económico e histórico imposible desconocer, de allí, su relación íntima con la sociedad misma y la ideología que lo guía y lo envuelve. El Derecho está conformado por una infraestructura, la cual no puede ser olvidada por su creador, sea éste "el legislador" o "el Juez", constituyéndose en un dato ontológico irrefutable, (Bernard,1994), según lo demostraran no sólo la Teoría Ecológica sostenida por Carlos Cossio y en el ámbito angloamericano, por la Teoría Realista del Derecho, sino como sostiene Bernard, por el

*Decisiones judiciales: ¿Generadoras de cambios jurídico-sociales?
Positivismo jurídico vs realismo jurídico.*

propio Kelsen con su aporte invaluable a la Teoría de la Interpretación, entendida como determinación de la norma en tanto marco de posibilidades.

Si admitiéramos la afirmación acertadamente sostenida por Piero Calamandrei en su obra "Demasiados Abogados", de que el Juez y el Abogado son los "juristas del caso particular", evidentemente, debemos resaltar la función trascendental que ejecuta el Juez en el proceso de cambio que se puede propagar dentro de las estructuras jurídicas de las cuales tiene que partir éste. Por lo tanto, el Derecho halla su pulcritud en su aplicación. La naturaleza del Derecho es función experimental.

Siendo esta la situación particular del Derecho, ocupa y cumple una función relevante, el interprete y aplicador del mismo: en reconducirlo del nivel abstracto a lo concreto, ya que en éste último nivel es donde se **inscribe el problema de la interpretación**. Ya lo señalaba el iusfilósofo francés Andre-Vincent, comentando la obra de K. Engisch, cuando sostenía que lo concreto es primordial en la vida y en la esencia misma del Derecho. El verdadero Derecho es, pues, un Derecho concreto, aquél que es elaborado por actos individuales y muy especialmente, el que defiende con autoridad las decisiones judiciales, Mas aún cuando en nuestro caso particular, el Estado se reserva la función de Administrar Justicia

El **Derecho** tenemos que concebirlo (Labarca,1979), como un diálogo que se establece en la conciencia del Juez donde deben estar presentes: las demandas que imponen los textos de ser respetados en su pureza literaria y la equidad material que es también un factor de un poder indiscutible en el establecimiento de la síntesis de este dialogo: la decisión judicial,

Igualmente no puede ni debe convenirse (Bernard,1985), en un mero reflejo de la realidad material porque consiste en una programación elaborada por la voluntad de los hombres; pero se trata de una

concepción que difiere radicalmente del idealismo en el hecho de que la programación operada descansa en un sólido conocimiento del medio en el cual se produce. Es aquí donde intervienen las nociones de un modelo operativo y de sistemático abierto.

Debemos, por lo tanto, en este sistema complejo de conexiones interdependientes, tomar en consideración que las relaciones fácticas o de hecho reglamentadas en parte por el Poder Legislativo, siguiendo la división de los poderes del Estado (Montesquieu), vigente retóricamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no son reglamentaciones absolutas o cerradas, por el contrario se van construyendo al ritmo de las condiciones necesarias para el momento de su aplicación.

En otras palabras, con el devenir del tiempo, se ha hecho ineludible la sociologización planteada por **Lautman** respecto a la jurisprudencia, que ponga fin a la ruptura entre el contexto en el cual actúa el Juez y la función que éste cumple. La auténtica jurisprudencia que dé soluciones, insistimos, a los conflictos jurídicos-sociales actuales, será entonces, la que tome en cuenta “tres aspectos del dato jurídico, porque el Derecho es una realidad que tiene simultáneamente, un aspecto normativo exaltado por el positivismo jurídico o normativismo lógico, un aspecto real exaltado por el realismo jurídico y un aspecto valorativo exaltado por el Derecho Natural” (Delgado, Ocando, 1970: 191).

Pero además, los jueces tienen que sembrar en su conciencia la función social que cumple el Derecho y de la Administración de Justicia, ya que deben ser los líderes que faciliten y contribuyan al logro de la Justicia Social y al fortalecimiento de las instituciones democráticas. La responsabilidad y el futuro del Estado no están en manos sólo de la dirigencia política, sino principalmente, de la forma como nuestro Poder Judicial se desempeñe, de cómo apliquen la Ley y lo más resaltantes, cómo resuelvan los conflictos.

***Decisiones judiciales: ¿Generadoras de cambios jurídico-sociales?
Positivismo jurídico vs realismo jurídico.***

Ya lo reconocía el Juez Rector del Estado Zulia, el doctor Iván Rincón, cuando expresaba que ".....los jueces no somos burócratas o mecánicos aplicadores de textos legales, sino líderes de un sistema judicial, que va moldeando la economía, la política, la familia y la paz de una comunidad." (Rincón, Iván, 1997: 4-9).

Estas declaraciones corroboran una vez más, los postulados de la corriente Ius-Realista dentro de nuestro ordenamiento jurídico y hacen impostergable dentro de las instituciones democráticas venezolanas, la reforma urgente de toda normativa que rija el Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado y cualquier otra institución que pretenda vulnerar la autonomía e independencia del Poder Judicial.

Finalmente, son principalmente los jueces, el Estado y la sociedad misma, los llamados a tomar una actitud activa en la reforma judicial y esencialmente, en la normativa que regula la independencia y la autonomía de la Administración de Justicia, porque insistimos, que aún cuando los jueces sean autónomos e independientes, no sólo necesitan normas, sino que necesitan estar formados, capacitados, que tengan conciencia de su rol en la sociedad para la solución de los conflictos y de los cambios que en las instituciones políticas, jurídicas y sociales, éstos puedan generar.

LISTA DE REFERENCIAS

BARBOZA, M. y SÁNCHEZ, J. **Notas para una Descodificación Ideológica de la Función Jurisdiccional**. Boletín Informativo, Año 2, No. 2 del IFD-LUZ, Facultad de Derecho, A4aracaibo, 1987.

BERNARD, Brigitte. **El Papel de la Función Jurisdiccional en la Creación del Derecho**. Revista de la Facultad de Derecho No. 63, Maracaibo-LUZ, 1985.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código**. Trad. del italiano por Santiago Sentís Melendo, Volum, III, Buenos Aires, E.J.E.A, 1973.

COSSIO, Carlos, **Teoría de la Verdad Jurídica**, Buenos Aires, Edit.- Losada, 1954.

COSSIO, Carlos, **La Gnoseología del Error**. La Ley, T, 101, Buenos Aires, Ed., 1961.

- COUTURE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ediar. t, III, 1950.
- DELGADO OCANDO, José Manuel, **Apuntes de Historia de Filosofía del Derecho**, IFD-LUZ, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Maracaibo, 1970.
- DELGADO OCANDO, José Manuel, **Hipótesis para una Filosofía Antihegémónica del Derecho y del Estado**. IFD-LUZ, Segunda edición, Maracaibo, 1987.
- HART, L. **El Concepto del Derecho**, Trad, de Genaro R, Carrió, Ed, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- HECK, Philipp, **El Problema de la Creación del Derecho**, Trad, de Manuel Entenza, Barcelona, Ed. Ariel, 1961,
- LABARCA, Domingo. **Derecho y cambio Social**. Cuaderno No, 22, IFD-LUZ, Facultad de Derecho, Maracaibo, 1979.
- MANNHEIM, Karl. **Ideología y Utopía**. Trad, de E, Terrón, Madrid, Ed. Aguilar, 1958.
- MARTINEZ, E, **Sistema de Filosofía del Derecho**. Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1940.
- MOSKVICHOV, L. **Teoría de la Desideologización: ilusiones y Realidad**. Trad. Por O. Razinkov, Edit. Progreso, Moscú, 1974.
- OSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, Buenos Aires, Ed.Heliasta, 1981 ,
- PERELMAN, Chaim, **El Razonamiento Jurídico**. Trad. Hermann Petzold Pernía, Cuaderno No. 5, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho-LUZ, 1973.
- PERELMAN, Chaim. **La Interpretación Jurídica**. Trad. Hermana Petzold Pernía, Cuaderno No. .7, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho-LUZ, 1974,
- PETZOLD, Hermann. "**De la Modernidad a la Post-Modernidad: ¿Ruptura o Continuidad? Racionalidad vs. Razonabilidad en el Derecho Positivo y su Interpretación.**" En Frónesis, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política No. Especial-Junio, IFD, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, LUZ, Maracaibo, 1996.
- WRÓBLEWSKI, J. **Silogismo Legal y la Racionalidad de la Decisión Judicial**, Trad. por Marisela de Esparza, cuaderno No,1'9, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho-LUZ, Maracaibo, 1977.ANDRE-VINCENT, **L'abstrait et le concret dans l'interprétation, en Archives de Philosophie du Droit**, No, 17, Sirey, Paris, 1972.

EL AMPARO CONSTITUCIONAL Y SU EFECTIVIDAD EN EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO SOCIAL

Flor María Avila Hernández
Universidad del Zulia

En Venezuela, los derechos sociales, desde su incorporación a nuestra Carta Fundamental hasta la actualidad, han presentado alta vulnerabilidad, distando en la mayoría de los casos de ser realidades efectivas, por variados factores, entre ellos, de tipo político, económico, social y jurídico.

Con esta ponencia aspiro, desde la perspectiva del Estado social y los derechos humanos, señalar someramente algunas consideraciones sobre los derechos sociales, sus principales concepciones e interpretaciones, su vigencia y vulnerabilidad en la realidad venezolana, así como referirme al mecanismo específico de protección del Amparo constitucional.

1. Concepción y vigencia de los derechos sociales en Venezuela.

La instauración de los derechos sociales ha sido un proceso que se inicia en los albores del siglo XX y progresivamente se ha incorporado en las diversas constituciones europeas y americanas. El repertorio de derechos civiles y políticos reconocidos a partir de la Revolución Francesa, reclamaba una necesaria ampliación en función de los valores culturales y sociales. De tal forma que estos derechos debían defenderse y mantenerse, pero había que añadirles otros. Así ocurrió en América, con la Constitución Mexicana de 1917 que incluyó algunos derechos sociales. Seguidamente, en 1919 y después de la Revolución Rusa, se consagraron por primera vez en

la Constitución alemana de Weimar los derechos sociales con carácter constitucional, estableciendo el Estado alemán una política intervencionista más acentuada, especialmente, en los órdenes político, económico y social.

Pudiera también señalarse, como refiere Molina (1988:408) que el establecimiento de los derechos sociales en Europa y América fue producto de la lucha política, para finalmente lograr su consagración, especialmente en aquellas constituciones producto de un compromiso político entre fuerzas socialistas y conservadoras (al final de la Segunda Guerra Mundial), como es el caso de las constituciones francesas, italianas, alemanas y en cierta medida, en la Constitución venezolana del 61.

En relación con Venezuela, las constituciones anteriores a la de 1947, consagraron una carta contentiva de derechos, básicamente individuales y políticos, pero con algunas prestaciones de carácter social, en normas aisladas y dispersas, cuyo contenido obligacional estaba dirigido principalmente a la Sociedad como cuerpo orgánico y en función del principio de la solidaridad social, sin que pudieran concebirse como derechos exigibles al Estado. Así por ejemplo, la Constitución de 1.811 contemplaba el derecho al trabajo, la prohibición de tratos distintos, la protección de las comunidades indígenas, y en la Sección "Deberes del Cuerpo Social", se preveía la garantía social (art.197), el socorro público (auxilio a los indigentes y desgraciados) y la instrucción a todos los ciudadanos (art.198). A partir de la Constitución de 1936, comienzan a establecerse ciertos derechos de carácter social con cargo al Estado, como por ejemplo, la obligación de sostener escuelas en localidades cuya población fuere menor de 30 alumnos (art. 32, ord. 15) y el amparo a la producción (art. 32, ord.8).

De forma tal que en Venezuela, inspirada por el avance del constitucionalismo americano, aparece por primera vez en la Constitución de 1947, un extenso articulado destinado a la

regulación de los deberes y derechos individuales y sociales, de manera que se establecieron las garantías individuales (Artículos 29 a 46), los derechos de la familia (Arts. 47 a 50), el derecho a la salud y a la seguridad social (Arts. 51 y 52), los derechos concernientes a la educación (Arts. 53 a 60), el derecho al trabajo (Arts. 61 a 64) los derechos de carácter económico (Arts. 65 a 75) y las normas relativas a la suspensión y restricción de garantías (Arts. 76 a 78).

Pudiera asimismo afirmarse, que el reconocimiento de este nuevo catálogo de derechos, perfeccionado posteriormente con la Constitución del 61, fue producto de la pretensión del hombre de mejorar sus condiciones de vida en el campo de lo social, lo económico y lo cultural, ya que estos derechos son diseñados para cumplir una *función social*, puesto que sin dejar de pertenecer al individuo se entienden en beneficio de la colectividad.

De allí que sea posible afirmar, "*que la constitución de 1.961 recoge uno de los más completos y variados elencos de derechos, con un enfoque centrado en la dignidad humana, expresado en el conocimiento de los derechos de fa persona como finalidad del orden constitucional (apoyado en fa justicia social y perneado por fa noción del Estado social de derecho.*" (Pérez, M 1.99i.38~39).

Al respecto, el texto constitucional contempla con mayor rigurosidad y sistematización el Estado social de derecho, aunque no a través de una cláusula expresa, sino mediante una serie de preceptos de carácter social, contenidos especialmente en el preámbulo y en la Carta de Derechos.

De allí que pueda señalarse la presencia del Estado social de derecho en ciertos principios consagrados en diversas normas constitucionales tales como: La justicia social, la economía al servicio del hombre y la dignidad humana (Preámbulo y Artículo 95), la seguridad social (Preámbulo y Artículo 94), el orden social (Artículo 43), la progresividad tributaria (Artículo 223), la justicia

distributiva y solidaridad social (Justicia legal o general, Artículo 57), el Salario social (Artículo 87), los servicios públicos y servicios sociales: vivienda, salud y educación (Artículos 73, 76 y 78), las relaciones Estado y Sociedad (Artículo 72) y el Estado manager y performance (Legitimidad con los resultados; plan de desarrollo económico y social, Artículo 7 enmienda 2ª).

Ahora bien, el reconocimiento de los derechos sociales y de los principios que informan al Estado social de derecho en nuestra Constitución, ha creado obligaciones al Estado de acción positiva encaminadas a garantizar la vigencia de todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución. Por el sólo hecho de su inclusión en la Carta Fundamental, las normas constitucionales que establecen los Principios de este Estado social han pasado de ser aspiraciones genéricas de valor político a disposiciones positivas, por tanto, exigibles y como afirmara Delgado Ocando, constituyen verdaderos "derechos exigencias".

La importancia de estos derechos, por los objetivos que persiguen así como la necesidad de determinar el alcance de las normas que los contienen, justifican los esfuerzos que tanto el investigador como el juez deben realizar para lograr una interpretación ajustada al orden de valores que encarna el Estado social de derecho.

Tanto a nivel interno como en el ámbito internacional, no ha sido tarea fácil dilucidar el sentido y alcance de las normas jurídicas cuyo contenido obligacional es de carácter social y que demandan acciones positivas por parte del Estado. Estos derechos, de aparición reciente, si los comparamos con los individuales, a lo largo de la historia doctrinal y jurisprudencial venezolana, han tenido diversas interpretaciones, a veces más y otras menos favorables, lo cual aunado a otros factores, ha incidido definitivamente en la exigibilidad de los derechos contenidos en ellas.

En tal sentido, un sector de la doctrina ha considerado los derechos sociales como derechos de "*segunda categoría*", de "*segunda clase*", "*programáticos*", es decir, programas para la acción que el Estado está obligado a cumplir, pero no jurídica sino política y moralmente. Según esta concepción, no hay recursos legales para obligar al Estado a que cumpla estos derechos, ya que estas normas programáticas precisan de normas inferiores que las desarrollen y reglamenten y mientras ese desarrollo no haya sido provisto, las superiores programáticas no habilitan a invocar, ejercer y defender los derechos que ellas reconocen. De tal forma que mientras el legislador no realice la legislación o reglamentación respectiva, estas normas permanecen en suspenso, inactivas. (Cf. Herrendorf, D. 1991:144).

Según esta posición, los derechos sociales están contenidos en normas programáticas, que precisan de la acción del legislador para su desarrollo y por lo tanto, no son exigibles hasta tanto no se realice la legislación posterior.

Contraria a la tesis restrictiva, varios autores han señalado que "*los derechos sociales señalan principios cuya aplicación inmediata es posible a través de los órganos existentes del Poder Público*". (Molina). Un amplio sector de la doctrina nacional y de conformidad con los postulados del Estado social de derecho, ha declarado que dentro de los medios y recursos disponibles, los derechos sociales poseen plena eficacia jurídica en virtud de la cual el Estado (prestacional) y la sociedad, actuando ésta última en función del principio de la solidaridad social, asumen conjuntamente las obligaciones de la procura y el desarrollo integral del hombre.

De igual forma, dentro de esta concepción, se ha señalado que nuestro Constituyente resolvió la discusión acerca de la exigibilidad de los derechos contenidos en las normas programáticas, con el aparte infine del artículo 50, cuyo texto reza así: "La falta de ley

reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos."

Si bien la mencionada disposición está ubicada seguidamente de la enunciación de los derechos tácitos o inherentes a la persona humana, una interpretación amplia, integral y progresista del ordenamiento constitucional venezolano debe conducirnos a considerar la aplicabilidad de la misma para los derechos consagrados expresamente en la Constitución. Aceptar que los derechos expuestos necesitan posterior reglamentación para su eficacia, conduciría a una interpretación restrictiva de su alcance, pero lamentablemente esta interpretación ha sido acogida en diversas oportunidades por nuestros máximos Tribunales de Justicia, verbigracia, el caso sobre la vigencia del Amparo Constitucional, antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

De igual manera, en el ámbito internacional, como afirma Casal, *"los pactos internacionales vigentes y la interpretación realizada por los organismos de la comunidad internacional reconocen a los derechos sociales operatividad inmediata"* (1991: 23).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto del carácter self-executing de la Convención Americana, al afirmar que el sistema en ella consagrado *"está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo"*.

Una posición intermedia entre estas dos concepciones, sostenida por varios autores (Nikken, Martínez), sostiene que los derechos sociales son exigibles en la medida en que el Estado disponga de los recursos o medios apropiados para satisfacerlos, de manera tal que, para concluir que un gobierno atenta contra los mismos, no es suficiente demostrar que no han sido procurados sino que la realización de

ellos no se ha adecuado a los estándares técnicos o políticos que reclaman las normas nacionales e internacionales que los consagran.

Otro aspecto que nos ocupa dentro del estudio de los derechos sociales ha sido la diferenciación entre derechos civiles y políticos por un lado y derechos sociales, económicos y culturales por otro, lo cual ha obedecido principalmente a razones históricas en el reconocimiento progresivo que han tenido estos últimos derechos así como en virtud de la distinta posición que el hombre ocupa frente a la realidad social.

"Precisamente, esa evolución, ha hecho que la noción de los derechos humanos fundamentales, inicialmente bastante restringida, se haya ampliado para comprender no sólo a los derechos civiles (individuales) y políticos tradicionales sino también a los derechos económicos y sociales, justifica plenamente lo que en junio de 1.947 decía Maritain... Una declaración de los derechos del hombre no podrá ser jamás exhaustiva y definitiva. Siempre será función del estado de la conciencia moral y de la civilización en una época determinada de la historia..." Petzold, H. 1985:80).

Ahora bien, según la moderna concepción de los derechos humanos, la separación y división entre estos dos tipos de derechos no tiene ningún asidero ni justificación, dado el carácter de indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales. Este criterio fue expresado claramente en la Proclamación de Teherán, en los siguientes términos: "Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles la matización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social".

En este sentido, la opinión de la mayoría de los miembros de las Naciones Unidas ha sido, al menos en el plano retórico, la de dar cierta prioridad a los derechos económicos, sociales y culturales, definidos en varios documentos como condición para la plena realización de los derechos civiles y políticos. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo aprobada en 1986 (Resolución 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas), también reconoce, en el párrafo 2 del artículo 6, los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, así como proclama la igualdad de tratamiento de los derechos civiles y sociales.

Probablemente, el único criterio que justificaba esta separación o categorización de derechos, eran los distintos mecanismos de protección de cada uno, pero de acuerdo con la más reciente evolución doctrinal y jurisprudencial, actualmente todos los derechos fundamentales son absolutamente iguales a los fines de su exigibilidad.

De igual manera, los derechos sociales, como parte integrante de los derechos humanos, se encuentran igualmente contemplados en varios tratados internacionales, ratificados por Venezuela, como por ejemplo en el Pacto de Derechos económicos, Sociales y Culturales (Arts. 9, 11, ord. 1º, ord. 29, 12 y 13). Dicha inclusión precisa, siguiendo a Nikken, de una interpretación y protección cónsonas con los principios del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, este derecho parte de la noción de la superioridad de los atributos inherentes a la dignidad humana, cuya inviolabilidad debe ser respetada en todo momento por el Estado, es complementario del derecho interno y subsidiario en cuanto a los medios de protección de los mismos.

Y en relación con la interpretación de estos derechos, debe realizarse conforme a la *cláusula del individuo más favorecido*, (Vasak), en el sentido de que debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. De tal forma, que si de la interacción entre el Derecho

internacional y el derecho constitucional va a resultar que un mismo derecho es regulado de modo diferente por la Constitución y por un Tratado, debe aplicarse la disposición más favorable.

Asimismo, la preocupación e interés por parte de los países signatarios del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a la naturaleza de sus obligaciones y el establecimiento de los medios de su aplicación, trajo como consecuencia la consagración de los **Principios de Limburgo**, elaborados por un grupo de expertos en Derecho Internacional, que definen la obligación básica de los Estados Partes en el Pacto de "*alcanzar el logro progresivo de la completa aplicación de los derechos*".

Otro principio que debe ser concatenado con los antes señalados es que las normas internacionales de los derechos económicos, sociales y culturales "*... establecen un nivel mínimo de protección y bienestar sociales cuyo logro debe ser procurado por todos los Estados, independientemente de sus sistemas o circunstancias, ...la plena realización de los derechos de que se trata se prevé como insultado del desarrollo progresivo de las políticas nacionales, la legislación y la acción práctica.*" (Kartashkin, V. 1982:112).

Lamentablemente, el abismo existente entre el campo axiológico y praxiológico de estos derechos se acentúa cada vez más en Venezuela, así como en muchos países latinoamericanos, a pesar de poseer nuestro país una trayectoria de más de un siglo de evolución de nuestra carta de derechos y ser América la cuna por excelencia de los derechos fundamentales.

Dada las actuales circunstancias, varios autores (Pérez, Molina, Turk), han coincidido al señalar que estamos en presencia de una lista considerable de derechos jurídicamente válidos pero con precaria vigencia.

Algunos representantes de la doctrina nacional (Pérez, Molina), han señalado que la vigencia de estos derechos así como la del resto de derechos y garantías fundamentales, dependen en gran medida de la organización, disposición y capacidad de las instituciones del Estado para respetarlos y hacerlos respetar tanto por las propias entidades estatales como por los particulares. Y en el caso de los derechos sociales, dependen fundamentalmente de la correlación de fuerzas que existan en una sociedad en un momento dado, ya que son derechos que corresponden a los intereses de un sector social y son resistidos por otros sectores, en la medida en que esa relación varía, independientemente de lo señalado por la Constitución, esos derechos serán más o menos afectados.

Dentro de los factores de tipo jurídico que han incidido en la precaria vigencia de estos derechos, se han señalado: 1).~ La mora legislativa, con lo cual se ha diferido la promulgación de las leyes necesarias para el desarrollo de la Constitución (caso Ley Orgánica de Amparo) y que aunado a la interpretación de una serie de derechos como normas programáticas, ha ocasionado una ejecución incompleta y desigual de la misma. 2).~ La inserción de los derechos sociales en el texto constitucional, como parte integrante de los derechos fundamentales, suscita una problemática vinculada directamente con la Constitución, es decir, con la norma de la que derivan toda su posible eficacia. 3).~ La interpretación restrictiva de los derechos sociales, como normas programáticas, desconociendo la relación de interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos humanos, y difiriéndose con ello su posible exigibilidad y justiciabilidad. 4).~ La vaguedad de la formulación de los mismos, lo cual, en el ámbito internacional ha sido tema de interés y preocupación, requiriéndose por parte de los sujetos del derecho internacional un esfuerzo para diseñar normas más precisas y 5).~ La capacidad para garantizar judicialmente el ejercicio de los derechos sociales.

II. Protección de los derechos fundamentales. El amparo constitucional.

Dada la importancia de los derechos fundamentales y la trascendencia de los atentados contra ellos, se ha determinado la consagración de vías de protección procesal típicas, con la exclusiva finalidad de tutelar o asegurar su existencia y eficacia de manera directa, subjetiva, concreta y con efectos reparadores. El Amparo Constitucional no constituye un medio político de protección, sino una vía jurídica y un medio de protección procesal distinto del general garantizado en el artículo 68 de la Constitución Nacional. Este recurso se erige precisamente como una garantía de orden constitucional y de naturaleza jurisdiccional, a los fines de proteger todos los derechos fundamentales.

El derecho al amparo aparece por primera vez en Venezuela con la Constitución de 1.961 (artículo 49), con sus propias particularidades que lo hacen diferente a las instituciones de protección de los derechos fundamentales similares, establecidas tanto en Europa como en América Latina, lo cual constituyó un gran avance en materia de protección de los derechos constitucionales, ampliando con ello el sistema de protección de las libertades establecido en textos anteriores.

Como señala Brewer Carías, la Constitución de 1.961 consagró el "derecho de Amparo", como un derecho fundamental que se puede materializar o manifestar a través del ejercicio de diversos medios judiciales destinados a proteger todos los derechos y garantías constitucionales, de tal forma de poder asegurar el goce y ejercicio de los mismos por cualquier habitante de la República. El mencionado derecho consiste fundamentalmente en la facultad de todo habitante del país de exigir ante los Tribunales, según su competencia, la salvaguarda y el aseguramiento del goce de los derechos y garantías expresos en la Constitución o inherentes a la persona humana (tácitos), frente a cualquier perturbación

proveniente de entes públicos o de particulares, mediante un procedimiento breve y sumario, que faculte al Juez de Amparo a restablecer la situación jurídica transgredida.

En relación con los derechos fundamentales protegidos por el amparo constitucional, el Constituyente señala en forma amplia que los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, sin diferenciar en derechos individuales o sociales. La protección integral de todos los derechos fundamentales como ratio de la acción de amparo, ha sido tradicional en Centroamérica, particularmente en Guatemala, Honduras y Nicaragua, contrastando con Europa, donde el amparo se ha restringido principalmente a proteger determinados derechos, tal como ocurre en España, donde la mencionada acción está reservada a salvaguardar los derechos que nuestra Constitución denomina "individuales".

A pesar de la consagración del Amparo, a partir de la Constitución de 1.961 como un instrumento de control de la Constitucionalidad, las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales restrictivas aunado a la mora del legislador, han sido factores que menoscabaron la eficacia de este medio de protección de los derechos fundamentales. Ahora bien, desde la aprobación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 1988 y los compromisos asumidos por el Estado Venezolano en el ámbito internacional, el recurso de Amparo se erige como un medio judicial expedito para la protección de todos los derechos y garantías constitucionales, especialmente, frente a aquellas actuaciones u omisiones de entes públicos o de particulares que vulneren los derechos y garantías sociales.

Para un determinado sector de la doctrina nacional, el ámbito de la protección de amparo sólo alcanza a los derechos individuales, excluyendo los demás derechos sociales, económicos y políticos, bajo el argumento de que éstos se encuentran protegidos por

legislaciones especiales. Otro sector de la doctrina y cónsono con las más recientes interpretaciones jurisprudenciales considera que el Amparo Constitucional tutela *a todos los derechos fundamentales*, enunciados o no en la Constitución, dado que ésta es una carta de derechos y todos los derechos contenidos en ella son susceptibles de protección por vía del amparo. (Linares, Brewer, Juárez).

Para Araujo Juárez, en el caso de los derechos sociales, el Estado asume precisamente el deber de realizar los derechos fundamentales, con palabras como "*el Estado protegerá...*" o "*el Estado estimulará y protegerá...*", lo que significa que las tareas de este Estado constitucional democrático (prestacional) están vinculadas de muchas formas con la esfera individual. Estos derechos fundamentales no se presentan como programáticos, sino como derechos directamente aplicables, por cuanto desarrollan respecto al Poder Público una eficacia vinculante, en cuanto obligan directamente a todos los órganos del Poder Público.

La más reciente interpretación jurisprudencial ha reconocido la protección plena de los derechos sociales por vía del amparo. Al respecto, la sentencia de fecha 08~05~1.996, emanada de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, señaló: "*En nuestro ordenamiento jurídico la protección del amparo constitucional no está reservada sólo a los derechos individuales, sino que en la amplitud que caracteriza esta institución venezolana su acción se extiende, incluso a los derechos de contenido social además de los políticos y económicos. Ahora bien, en virtud de la naturaleza de los derechos sociales, y al hecho indiscutible de que ellos son establecidos en buena medida para servir como guía en la labor del legislador la protección que por vía del amparo a ellos puede darse, está condicionada a la existencia de algún acto, hecho u omisión que atentase de manera específica contra ellos...*" (Pierre Tapia, O. 1996:37~38).

Esta situación ha llevado a que algunos autores afirmen que el amparo judicial ha ampliado las posibilidades de control judicial de actuaciones u omisiones contrarias a los mismos, llegando a ser, de modo indiscutible, un medio efectivo para garantizar la vigencia de derechos que, como los sociales han carecido de exigibilidad no obstante la vigencia de la Constitución.

De tal manera que el amparo constitucional, en nuestra legislación, protege:

1) A todos los derechos consagrados expresamente en la Constitución. Esta reconoce un amplio catálogo de derechos que totalizan 57 y se encuentran discriminados de la siguiente manera: 21 derechos civiles, 8 derechos políticos, 6 derechos económicos, 21 derechos sociales y 1 derecho cultural, a los cuales se le suman los principios contemplados en el preámbulo, los cuales también tienen exigibilidad jurídica

2) Aquellos "*inherentes a la persona humana*" o derechos tácitos, reconocidos por Venezuela en los tratados internacionales, de conformidad con el artículo 50 de la Constitución Nacional. A los derechos previstos en los pactos o Declaraciones internacionales ratificados por Venezuela relativos a los derechos del hombre, se les ha reconocido el carácter de fundamental y por lo tanto, susceptibles de protección por la vía judicial del Amparo. Esta interpretación ha sido recogida por la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, así por ejemplo, la Sala Político Administrativa en sentencia del 29 de mayo de 1.997 señaló:

"...Pues, a juicio de la Sala, tales derechos previstos en tratados internacionales ciertamente constituyen libertades o garantías para los ciudadanos que, en nuestro País, deben tener cabida en el artículo 50 de la Constitución. Ello para mantener la amplitud, en este sentido, que ha sido común en nuestro ordenamiento y que permite una constante evolución hacia el desideratum del Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la prohibición de la arbitrariedad, y la protección de las libertades esenciales de los

integrantes de la sociedad. El hecho de que la accionante sea una persona jurídica, en estricto sentido, y no una persona natural, poca importancia tiene a los fines de entender como fundamentales o no, los derechos reconocidos en tratados internacionales, ya que esos derechos o garantías tienen en nuestro país el carácter de constitucionales de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución y si bien se le reconocen de esa manera a los particulares, como personas naturales, no es justificación alguna que para personas jurídicas, que también pueden ser lesionadas en ellos como cualquier otra persona, no le sea reconocida la supremacía de tales derechos." (Pierre Tapia, O. 1.997: 73~74) (subrayado nuestro).

Corresponde entonces a la justicia constitucional, materializada a través de la acción de amparo y las acciones de inconstitucionalidad, velar por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales.

Conclusiones.

Dado que el Estado social es un Estado de derecho, el control de la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de los actos del Poder Público se ejerce por parte del Poder Judicial, el cual debe propender a una *interpretación social* de los derechos sociales como *derechos exigencias* y a la protección judicial del *orden social* de valores contenidos en la Constitución. Esta es la misión, que a juicio de Delgado Ocando, se le atribuye actualmente a la Magistratura Judicial progresiva en relación con la vigencia de las normas sociales.

A nuestro juicio, una interpretación de los derechos sociales en el marco de los derechos humanos, como parte inseparable del espectro de derechos cuya titularidad demanda el individuo, nos debe conducir a una valoración positiva del hombre, más allá de la realización de los mencionados derechos en el plano praxiológico. Es por ello que se precisa de una interpretación holística y coherente

de todos los derechos humanos, de conformidad con el postulado fundamental de la dignidad humana.

La necesidad de un Estado "Fuerte", propulsor del orden social, así como una orientación y política nacional favorable a esta categoría de estos derechos sociales, es planteada como garantía para la vigencia de los mismos. Asimismo, además de la voluntad política, traducida en acciones positivas por parte de los Estados para la aplicación de los derechos sociales, se ha señalado la necesidad de que el pueblo esté en condiciones de controlar y gobernar al Estado, lo cual puede lograrse a través del respeto de los derechos civiles y políticos y de un adecuado sistema judicial. Es por ello que, la realización de los derechos civiles y políticos y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales son, en efecto, partes de un todo único.

Es el juez el puntal fundamental en el cual se debe basar la realización del Estado de Derecho, quien tiene la posibilidad de que los derechos sean letra muerta o se conviertan en realidades efectivas. En la conciencia jurídica internacional, se concede un valor relevante a la conducta de los jueces y en cierto modo se impone a ellos la obligación de contribuir a la realización del referido Estado de derecho.

Como reflexión final, podemos señalar que las decisiones de los Tribunales forman parte integrante de las medidas que deben adoptar los Estados signatarios de las Convenciones Internacionales para la protección de los derechos humanos, lo que quiere decir, que a través de estas decisiones, se materializan las obligaciones de Venezuela como sujeto de derecho internacional. En tal sentido, siguiendo a Nikken, *"Nada se opone a que la efectividad de los derechos humanos sea producto de un desarrollo jurisprudencial con base en la interpretación y aplicación judicial de los tratados ...No son pues necesariamente legislativas las provisiones que deben adoptarse en el Derecho interno para ese fin, también pueden ser*

«medidas de otro carácter», ente las cuales están, fuera de toda duda, las decisiones de los Tribunales que son, al fin y al cabo, tan órganos del Estado como el parlamento o el gobierno y pueden, como tales, ser vehículo para el cumplimiento o la violación de un tratado, tanto más cuanto, en el caso de los derechos humanos, corresponde a ellos a menudo la última palabra.»
(1991: 26).

LISTA DE REFERENCIAS

CASAL, Jesús María. **El Amparo y los Derechos Humanos**. El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano. Ponencias del Primer Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. Colección Centenario L-U-Z- Maracaibo, Editorial Ediluz, Abril 1.991. Pág. 23.

BERRENDORE, Daniel E. BIDART CAMPOS, Germán J. **Principios de Derechos Humanos y Garantías**. Madrid, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. 1991. Págs. 144.

KARTASHKIN, Vladimir. **Economic, socialand cultural rigths, and The Internacional Dimensions of Human Rights**. Vol I. UNESCO, Karel Vasal y Philip Alston eds, 1982. Pág. 112

MOLINA, José Enrique. **Los Derechos Sociales. ¿Utopía o realidad?**. La Constitución de 1.961. Balance y Perspectivas. Facultad de Derecho. Centro de Estudios Políticos y administrativos. Universidad del Zulia. Maracaibo, julio, 1988. Pág. 408.

NIKKEN, Pedro. **Estudio Preliminar: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Código de Derechos Humanos. Colección Textos legislativos No. 12. Universidad Central de Venezuela. Consejo de Desarrollo Científico y humanístico. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1.991. Pág. 26.

PIERRE TAPIA, Oscar. "**Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**." Repertorio Mensual de Jurisprudencia. Caracas, Editorial Pierre Tapia , Tomo 5, Año XXW, 1.996. Págs.37-38. '

-----, ----- "**Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.**"
Repertorio Mensual de Jurisprudencia. Caracas, Editorial Pierre Tapia, Tomo 5,
Año XXIV, 1.997. Págs.73-74.

PEREZ, Magaly; BOLIVAR, Ligia. El Sistema de Derechos Humanos en la
Constitución de 1.961 y propuestas de reforma. **Sistema Político Venezolano:
Crisis y transformaciones.** Angel E. Alvarez (Coordinador). Facultad de
Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Estudios Políticos Universidad Central
de Venezuela, Caracas, 1.996. Pág. 38-39. .

PETZOLD PERNIA, Hermann. **Maritain y los Derechos Humanos. Estudios
Jurídicos y Políticos Varios.** Facultad de Derecho. Instituto de Filosofía del
Derecho. Universidad del Zulia. Maracaibo, 1985. Pág. 80.

BASES TEÓRICO-DOCTRINARIAS Y FILOSÓFICAS DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Juan Carlos Morales Manzur
Universidad del Zulia

Introducción.

La integración latinoamericana puede ser estudiada bajo diversas perspectivas y épocas precisas. En el siglo XIX, fueron notables los intentos, si no de integración económica en el sentido moderno, sí de lograr una unión política o alianza estratégica para alcanzar objetivos conjuntos con miras a lograr cohesión frente a las potencias que amenazaban las débiles independencias.

No será hasta la segunda mitad del siglo XX cuando este deseo de los estados latinoamericanos logre concretarse, con el establecimiento de organismos de integración económica que, si bien no han tenido un éxito completo, han constituido serios intentos de lograr la tan ansiada unificación económica.

La segunda guerra mundial trajo como consecuencia, en América Latina, la búsqueda incesante de mecanismos para remediar los problemas económicos y sociales que aquejaban a la región; y en este sentido, el proceso de integración económica ocupa un lugar destacado. Puede afirmarse que el sustratum o doctrina de la integración latinoamericana tiene su base en los lineamientos de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y la Alianza para el Progreso.

La CEPAL estableció las bases para el desarrollo económico de América Latina y la Alianza para el Progreso significó un impulso al

proceso de integración y el apoyo a los dos intentos integracionistas del momento: el Mercado Común Centroamericano y la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, creados debido a la iniciativa de la CEPAL.

No obstante, el Proceso de Integración Latinoamericana que se inicia con estos esfuerzos de cooperación, tiene sus bases históricas y sus primeros teóricos en el pasado siglo. Por ello se pasará revista a la historia del proceso de unión de América Latina con el objeto de tener una visión de conjunto sobre el sustratum de este fenómeno, para luego señalar los lineamientos doctrinarios del CEPAL y la alianza para el Progreso como ejes rectores del actual proceso de Integración Latinoamericana, sin obviar los últimos y más significativos esfuerzos integradores.

Antecedentes Doctrinario-Históricos de la integración Latinoamericana.

Puede decirse que el primer intento de fusionar la América hispana ocurrió cuando, a finales del siglo dieciocho, el conde de Aranda, previendo el estallido de rebeliones emancipadoras en las colonias iberoamericanas, propuso la creación de "sólo dos o tres reinos o Estados autónomos integrantes de una especie de Comunidad de Países Hispanoamericanos, libremente vinculada a la Corona Española" (García 1975 p.9). Sin embargo, dicho plan no tuvo eco en la corte Metropolitana. De haberse realizado quizá hubiera llevado a que el sub-Continente Americano tuviera en la actualidad una mayor figuración e influencia mundiales, dada por ciertas condiciones tales como: menor fragmentación política y mayor unidad económica entre otros.

Mientras tanto, y según señala el citado autor, siguió arraigándose el establecido parcelamiento, propiciado o impuesto por España, de los diversos núcleos nacionales en el mundo hispanoparlante de

América. El idioma y la dependencia común en lo político y cultural de una misma Metrópoli, no fueron suficiente vinculación para superar el aislamiento geográfico, la escasez de comunicaciones y el casi nulo intercambio de toda naturaleza entre los territorios de la América Española, en cada uno de los cuales "se fueron formando durante los siglos del vasallaje europeo, comunidades o sociedades humanas con particularidad, idiosincrasia e intereses económicos diferentes de los otros" (ibídem p. 20).

Para entonces la teoría de la política mercantilista se trasladó pero de manera singular: libertad para las importaciones procedentes de la metrópoli, restricción para mercaderes de otras zonas y explotación irracional de recursos minerales y vegetales.

Todo ello llevó a que, al gestarse el proceso independentista "cada país buscaría su solución individual e intentaría resolver sus problemas económicos estableciendo relaciones con Europa y los Estados Unidos sin preocuparse de sus vecinos" (Morales 1996 p. 101).

Con escasa posterioridad a la idea del conde de Aranda, Francisco de Miranda exponía, en 1790, el Proyecto de Constitución para las Colonias Hispanoamericanas, el cual proponía formar con ellas un solo imperio. Sus acciones en Londres tendían a la conspiración conjuntamente con otros patriotas hispanoamericanos, que desde la capital británica volvieron a América para luchar por la liberación de sus respectivas patrias.

Miranda plantea su Proyecto de Unidad Suramericana, el cual contenía los puntos básicos que habrían de regir el destino de la región. Concibió el aglutinar en un cuerpo anfictionico o Asamblea Continental, a las provincias liberadas de España en una monarquía hereditaria, regida por un soberano (INCA), asistido por dos cámaras: una de Senadores o Caciques y otra Cámara (de Comunes),

compuesta por diputados de elección popular. Una constitución establecería el orden legal que regiría en el futuro estado.

Es significativo el hecho de que Miranda, adapte a ese proyecto, presupuestos liberales muy en boga en aquella época (1790). Se puede afirmar que el modelo político-liberal de Gran Bretaña fue tomado como ejemplo por El Precursor.

Miranda, revolucionario liberal, concibió un continente unido, cuya fuerza descansaría precisamente en esa unión política. Propuso la constitución de un Estado confederal, liberal en sus instituciones, representativo, parlamentario. Su proyecto sería uno de los prolegómenos del hispanoamericanismo.

Cuando al fin, en 1810 comenzaron a patentizarse en hechos concretos y estables las ideas independentistas que los precursores habían tratado de realizar, surge al mismo tiempo mayores impulsos hacia la unidad de Hispanoamérica.

En 1810, la Junta Suprema de Caracas al dirigirse a los demás cabildos de la América Hispánica, hacía un llamado a la independencia de la metrópoli y a la confederación. El cabildo caraqueño señalaba que:

Caracas debe encontrar imitadores en todos los habitantes de América en quienes el largo hábito de la esclavitud no haya reflejado todos los males morales, y su resolución debe ser aplaudida por todos los pueblos que conservan alguna estimación a la virtud y al patriotismo ilustrado. V.S. es el órgano más apropiado para ejercer estas ideas por los pueblos a cuyo frente se halla para despertar le energía y para contribuir a la grandeza de la confederación Americana. (García, Ob. Cit p. 21).

Ese mismo año, se producen pronunciamientos similares por parte de varias de las Juntas de Gobierno, que como la de Caracas se origina al amparo de los Ayuntamientos. En Santiago de Chile, líderes del movimiento separatista, tales como Juan Egaña y el Dr.

Martínez Rosas abogan por la unión de las provincias hispanoamericanas. Juan Egaña expone ante el gobierno chileno un memorial donde dice:

sería deseable que el Gobierno se dirigiera por escrito a los demás Gobiernos de América (o sólo a los del Sur) para insinuarles que tengan listos sus diputados a Corte, a fin de que si España sucumbe, puedan constituir, en tiempo y lugar convenientes, un congreso provisional en que pudieran determinarse la forma de unión y las relaciones de las Provincias respecto del Congreso general. A no ser así, la América desgarrada por mil discordias civiles, se desintegrará y se convertirá en presa de los extranjeros. (Idem)

Por su parte el Dr. Martínez Rosas proponía que se formara "una sola nación y un sólo Estado mediante una representación nacional y gobiernos locales en cada una de las provincias españolas". (Idem).

Aspirando a ver formada una sola patria hispanoamericana, Simón Bolívar que, desde su Manifiesto de Cartagena en 1812, empieza a perfilarse como la figura política en la cual van a concentrarse las esperanzas de libertad y unión en los pueblos hispanoamericanos, expresaba su deseo de formar en América una gran nación tanto por su extensión y riqueza como por su libertad política. Sin embargo, Bolívar, consciente de los grandes obstáculos que se presentarían para la integración política hispanoamericana, añadía:

es una idea grandiosa pretender formar de todo el Nuevo Mundo una sola nación con un sólo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería por consiguiente tener un sólo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse: más no es posible porque climas remotos, situaciones diversas, intereses opuestos, caracteres desemejantes dividen a la América. (León de Labarca, 1979. p.84).

Sin embargo, en su carta de Jamaica expone todas las dificultades y "acepta como irrealizable formar una sola Nación de toda la América

Española" (Ortega, 1979. p.84). No obstante todo ello, su idealismo por confederar Hispanoamérica, hace que continúe su esfuerzo por unificar al continente, enviando correspondencia a los Jefes de los Estados recientemente constituidos. En el año de 1818, José de San Martín con su ejército libera a Chile y proclama su unidad con la Argentina y con el Perú, país este último al que se preparaba marchar para separarlo del poder colonial español. Es resaltante la disposición de San Martín, de reconocer la ciudadanía a todos los americanos como expresión de solidaridad continental.

Al proclamar, en 1821, la independencia de la República Dominicana, José Nuñez de Cáceres, propónese, como lo deja establecido en el acta constitutiva del nuevo Estado, a que éste formara parte de la República de Colombia fundada por Bolívar en 1819. Dicho proyecto no pudo cristalizarse porque al año de esa proclamación se produjo la invasión y ocupación de toda la isla por parte de las tropas del presidente Jean Pierre Boyer, de Haití.

Consumada la Independencia política de la Nueva Granada y de Venezuela, y fusionados estos dos países por la acción bolivariana en la nación grancolombiana, la cual se ensancha luego con las adhesiones de Panamá y Ecuador, el Libertador, persistiendo en llevar adelante alianzas con los países recientemente independizados de la región, envía plenipotenciarios a México, Perú, Chile y Argentina, invitando a los gobiernos de dichos países a formar, conjuntamente con la Gran Colombia, una confederación de cinco Estados. Sin embargo, salvo un tratado de amistad y mutuo auxilio muy limitado que con Colombia firmaron los países referidos, los gobiernos citados no se manifestaron dispuestos a una verdadera alianza hispanoamericana.

Entretanto, las Provincias unidas de Centro América (Hoy Guatemala, El salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica) proclamaban su independencia, y el patriota hondureño don José

Cecilio del Valle, elaboraba un proyecto (en 1824) para una confederación General de los Nuevos Estados Americanos.

Sin embargo, el Congreso Anfictiónico de Panamá, de 1826, constituye la más expresa acción bolivariana para ejecutar la concepción continental iberoamericana. En el texto de aquella comunicación dirigida a los Gobiernos de México, Río de la Plata, Chile y Guatemala, Bolívar expresa que era tiempo de unir intereses hispanoamericanos a través de una base fundamental que le dé vida, cohesión y duración a las naciones recién creadas. Después de otras consideraciones, el texto del histórico documento contiene un párrafo que dice:

diferir más tiempo la asamblea general de los plenipotenciarios de las repúblicas, que de hecho ya están consideradas, hasta que se verifique la accesión de las demás, sería privarnos de las ventajas que producirá aquella asamblea desde su instalación, estas ventajas se aumentarán prodigiosamente, si se contempla el cuadro que nos ofrece el mundo político y, muy particularmente, el continente europeo. (García, ob. cit p.25).

A la Asamblea Anfictiónica sólo concurrieron México, Perú, Colombia y Centroamérica.

A la convocatoria y a la idea misma del Congreso de Panamá, las naciones invitadas respondieron con reticencia. En ninguna de ellas se revela entusiasmo, comprensión ni el debido interés por la trascendental iniciativa (Ídem).

Los grandes acuerdos y protocolos que soñaba Bolívar se hicieron históricos, no se concertaron entonces, aunque es preciso destacar que como doctrina sentaron las bases de un nuevo e incipiente derecho internacional latinoamericano y constituyeron un notable punto de partida que señala el germen del hispanoamericanismo.

Asimismo, Bolívar,

como filósofo de la verdad, buscó amalgamar naciones de común identidad. Crear un equilibrio continental americano y fundir en una sola la multiplicidad de nacionalidades que formaban la América Latina (Morales, Ob. cit p.102).

El concepto integracionista de Bolívar busca la unión con el objetivo de asegurar la independencia y la seguridad del desarrollo autónomo.

Bolívar tenía una idea clara del peligro de las relaciones comerciales por separado de las repúblicas latinoamericanas con las potencias europeas y con Norteamérica... los pactos bilaterales (planteaba Bolívar) entre los débiles y poderosos, condicionan, inexorablemente a la dependencia (Consuegra, 1982 p.30).

Bolívar argüía la importancia de la agricultura, el comercio y la industria como fuente de abundancia y prosperidad nacional. La concepción política bolivariana buscaba los modelos liberales del *laissez faire*.

Bolívar busca implantar la justicia y la equidad efectivas, promueve la igualdad real... habla de suprema libertad social... partidario de intervenir mediante las leyes en el establecimiento del equilibrio social (Labarca, 1982 p.10).

El americanismo latinoamericano propugnado por el Libertador en el congreso de Panamá, incluía los principios liberales de independencia (libertad política), igualdad jurídica y reforma social a ser instaurados en la América emancipada.

No obstante la doctrina bolivariana, durante el siglo XIX el regionalismo fue el fenómeno político de esa primera era de vida independiente de los estados. Ese regionalismo o localismo conllevó a un aislacionismo con el cual los gobernantes pretendieron hacerse del poder absoluto en sus respectivos estados.

Décadas después de la conferencia de Panamá, se produce otro intento unionista. En 1847 tiene lugar igual convocatoria para un nuevo congreso. El mismo, celebrado en Lima, proyecta de nuevo la idea de una confederación. No obstante el intento, las conclusiones que generó ese nuevo Congreso no fueron ratificadas por ninguno de los países asistentes (Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile y Perú).

En 1856 y 1884, con las intervenciones de Estados Unidos y Francia en Nicaragua y México, respectivamente, algunos países latinoamericanos toman la bandera para protestar contra la violación de la soberanía de los países del continente. Estas intervenciones son agravadas por la invasión de España a República Dominicana. Todo esto lleva a que se celebre un tercer congreso Latinoamericano de plenipotenciarios en el cual concurren Venezuela, Colombia, Chile. El Salvador, Ecuador, Perú y Bolivia, firmándose diversos tratados de unión y conservación. Estos tratados como los que antecedieron no tuvieron éxito.

Asimismo en 1883, se celebró en Caracas otro congreso, que intentó revivir el pensamiento del Libertador, allí se proclamó

La inviolabilidad de la soberanía y la condena a toda intromisión de un Estado en los asuntos de los otros... estuvieron todos los países (representados) de acuerdo con celebrar una más soberana asamblea que caracterizara el verdadero ideal bolivariano para darle relieves positivos a la seguridad de América Latina, con principios jurídicos internacionales. (García, Ob. cit p. 32).

A este congreso asistieron Colombia, Bolivia, Perú, El Salvador, México y, por vez primera, República Argentina.

Luego de este congreso, vendrían otros que aglutinarían a la mayor parte de las naciones latinoamericanas, no logrando ninguno de ellos acuerdos concretos ni significativos.

El panamericanismo, propulsado por Estados Unidos, nace de estas Asambleas, las primeras de las cuales fue en 1887. De todas maneras esta idea será sumamente criticada.

El panamericanismo desplaza al bolivarianismo o hispanoamericanismo. La verdadera pretensión del país norteamericano es discutida; el panamericanismo no es la esencia del pensamiento bolivariano, sino todo lo contrario. La idea de la confederación es obviada y la cooperación comercial y aduanera constituye el núcleo principal de esa nueva tendencia. El panamericanismo tiene su fundamento en la llamada "*Doctrina Monroe*". Esta surge con el objeto de evitar futuras colonizaciones por parte de cualquier potencia extranjera en el continente recién independizado.

La historia latinoamericana demostró que la Doctrina Monroe sirvió como instrumento de dominación e intervención política en la América Hispanofrancesa, por lo tanto es muy discutible tanto teórica como praxiológicamente.

Algunos historiadores, le atribuyen la paternidad a Bolívar del Panamericanismo, no obstante este es opuesto a las ideas bolivarianas y por lo tanto no puede tomarse como un pensamiento latinoamericanista, esto sin excluir su notable trascendencia. De todas maneras, el valor integrador del panamericanismo no puede soslayarse a efectos de explicar los fenómenos que habrían de ocurrir con posterioridad.

En el siglo XIX y luego de alcanzar la libertad, se observa la poca efectividad de aquellos primeros intentos de integración, siendo los factores principales de ese fracaso.

La escasa e inconexa población, la carencia de medios de comunicación, las incipientes y subsecuentes explotadas economías nacionales, las guerras intestinas, los individualismos que dominaron la conciencia del caudillaje aldeano. (Ibidem p. 35)

En ese siglo las repúblicas latinoamericanas adoptaron las tesis librecambistas

la especialización internacional del trabajo entre países productores de materias primas y productores de manufacturas con la ventaja para estos del valor agregado y de la acumulación de la plusvalía (Consuegra, Ob. cit p. 40).

Iniciado el siglo XX se sucedieron las conferencias panamericanas, sin que se concretara la creación de entes integracionistas o por lo menos de acuerdos explícitos entre los países iberoamericanos, sobre comercio, aduanas y otros, amén de los tratados bilaterales y algunos multilaterales que regulaban aspectos de interés económico común.

El balance integracionista durante el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, arrojó un saldo negativo. El rezago de los países latinoamericanos con relación al progreso económico general e industrial de Europa, no dio lugar, entonces, a la producción de teorías, ideas o enfoques nativos acerca de la naturaleza del problema del desarrollo de Latinoamérica ni de la integración, ya que los países tenían como principal objetivo consolidar los débiles Estados. Sin embargo, en la década de los años 20 y 30 Haya de la Torre, peruano, estructura una concepción económica para América Latina, pudiendo considerarse a este autor como uno de los teóricos más destacados del pensamiento económico latinoamericano. Manifestaba que el atraso económico latinoamericano se debía

a la explotación imperialista, la dirección del desarrollo económico por el Estado siendo los excesos que han caracterizado las primeras etapas del desarrollo capitalista y la comunidad de intereses de toda Latinoamérica (Hirschman, 1973 p.267)

Su razonamiento teórico ha dejado honda huella en el pensamiento económico latinoamericano, y cuando destaca la comunión de intereses, hace un llamado a la búsqueda de un desarrollo económico conjunto de los países del Subcontinente.

Sus principios para el desarrollo económico de América Latina estaban orientados hacia

el imperialismo, [la] unidad política latinoamericana, nacionalización de la tierra y las industrias, internacionalización del canal de Panamá, la solidaridad con pueblos y clases oprimidas de otras partes. (Ibídem p.266)

Haya de la Torre reconoció explícitamente la necesidad latinoamericana de capital extranjero, pero sostuvo que si los países latinoamericanos dejasen de competir por el capital extranjero y se uniesen en una coalición antiimperialista, podrían obtenerlo en condiciones mucho más favorables, es decir, que el Estado debe controlar la dirección de las inversiones.

La búsqueda de Haya de la Torre de un modelo indoamericano, descansa esencialmente en el deseo de un desarrollo económico basado en la propia realidad continental y allí radica su mayor aporte al pensamiento económico integracionista latinoamericano y a la Teoría del desarrollo económico del Subcontinente.

La Doctrina Cepalista.

La doctrina de la Comisión Económica para América Latina surgió durante la década de 1950 entre expertos y reformistas políticos latinoamericanos. Estos concibieron la integración económica como un factor de desarrollo potencialmente poderoso en dos sentidos:

en primer término la integración estimularía al abandono de las exportaciones tradicionales, segundo, ayudaría a modernizar las economías latinoamericanas obligándolas a especializarse en el arca de un mercado regional ampliado y protegido. (Wionczek 1970. p.5)

La doctrina Cepalista surge como un conjunto de ideas motorizadas del proceso de integración económica para América Latina y como una verdadera justificación teórica de este proceso.

Los lineamientos principales de la Escuela del Pensamiento CEPALISTA son los siguientes: el desarrollo económico no es posible alcanzarlo sin la industrialización; la industrialización no es posible alcanzarla en el ámbito de los mercados nacionales reducidos; la liberación de las corrientes comerciales del área permitirá aprovechar la economía de escala, y la coordinación de las políticas nacionales en una política multinacional permitirá aprovechar de manera racional los factores de producción y la capacidad ociosa de producción.

Estos lineamientos apuntaban en la praxis a la integración latinoamericana y en tal sentido propugnó por una integración lenta *"limitada en sus objetivos a reducir los aranceles entre los países iberoamericanos en un período de diez años"* (Instituto Shiller, 1987 p.9).

Sin embargo, la CEPAL no pretendió en ese primer momento limitar barreras arancelarias, ni establecer estrategias de desarrollo conjuntas ni mucho menos establecer una moneda común.

Los países latinoamericanos encontraron atractiva la idea de la cooperación regional, dados los problemas de su comercio exterior, la insuficiencia de capital externo y los ideales de la unidad, de vieja data en la región. Asimismo la doctrina Cepalista impulsó el establecimiento del mercado común centroamericano y la asociación latinoamericana de libre comercio.

El pensamiento cepalista, cuyo principal exponente fue Raúl Prebisch constituye el intento más significativo de independencia ideológica dentro del propio marco del sistema capitalista (Consuegra 1982 p. 68).

Prebisch condena al liberalismo clásico, plantea que las ideas del liberalismo económico son las de un liberalismo irreal que lejos de traer la difusión del desarrollo consolida la injusticia social.

Prebisch plantea que el estado debe tener una acción reguladora pero sólo orientada a la toma y gestión de los medios productivos de donde surge el excedente y que el estado use el excedente con racionalidad colectiva sin concentrar la propiedad en sus manos sino difundiéndola socialmente.

La contribución de Raúl Prebisch y de la CEPAL, a cuyo nombre se asocia una de las más importantes escuelas del pensamiento económico latinoamericano, radica en la contribución a la creación de una metodología del análisis macroeconómico en realidades concretas. Prebisch pretendió proporcionar:

una base teórica a la convicción de que el desarrollo de nuestros países depende de nosotros mismos, aunque la relación con el resto del mundo sea muy importante... así como el desarrollo económico tiene que ser un proceso autónomo y auténtico, también tiene que serlo el desarrollo de la ciencia y la política económica... es la perspectiva de América Latina, de sus características, realidades y problemas y su vinculación dinámica a la economía internacional. (Maza Zavala. 1987 p.11)

Prebisch critica el principio clásico de la especialización dicotómica internacional del trabajo dada la desigualdad real del intercambio entre los países de alto desarrollo y los no desarrollados como los latinoamericanos, y por lo tanto, el reparto inequitativo de los beneficios del comercio y de la inversión.

La Alianza para el Progreso: La Teoría Económica al Servicio de la Integración Latinoamericana

Luego de la segunda guerra mundial, América Latina se encontraba ante una situación internacional que favorecía su ritmo de

crecimiento económico. Dada esta situación y debido a la expansión de la demanda de los productos básicos de exportación y el satisfactorio nivel de los precios que regían en los mercados mundiales en la primera parte de la década de 1950, "el producto bruto de la región creció a una tasa acumulativa anual de casi un 5 por ciento. (BID 1965 p.90), lo cual era significativo para la consideración de las variables macroeconómicas de la época.

Dichos precios comienzan a bajar a mediados de dicha década lo que origina un marcado deterioro de la relación neta de intercambio de la América Latina con el resto del mundo.

A lo anteriormente planteado se unen otros factores como la disminución del volumen de las inversiones extranjeras y de la reducción del dinamismo del proceso de sustitución de importaciones en varios países de la región, lo que produjo el inicio de un período de contracción del ritmo de desarrollo y del crecimiento del ingreso por habitante, que plantean la urgente necesidad de adoptar medidas de gran alcance, no sólo en el plano nacional interno de estas naciones, sino también en el internacional. En este sentido, el gobierno estadounidense propuso cooperar con la América Latina con el objetivo de acelerar el desarrollo económico y social de los países de la región, siendo esta iniciativa apoyada por los gobiernos de estos países, lo que llevó a los miembros de la organización de Estados Americanos (OEA) a la suscripción de la Carta de Punta del Este.

La carta de Punta del Este y la Declaración a los Pueblos de América que la precede, constituye un instrumento internacional en el que las Repúblicas americanas, inspiradas en los principios del Estatuto de la Organización de los Estados Americanos, proclaman su decisión de asociarse a un esfuerzo común para alcanzar un progreso económico más acelerado y una más amplia justicia social para sus pueblos, respetando la dignidad del hombre y la libertad política y acuerdan entre sí constituir la Alianza para el Progreso (Ibídem p.91)

Si bien es cierto que esta Alianza puede ser explicada en cuanto a sus objetivos y campos de acción, la misma puede ser definida como:

un programa de acción de los gobiernos americanos, basado en el esfuerzo propio y la cooperación financiera y técnica externa, para alcanzar metas de beneficio general en el desarrollo económico de los países latinoamericanos (ídem).

Entre los objetivos del programa de la Alianza estaban: el crecimiento sustancial del ingreso por habitante, la distribución más equitativa del ingreso nacional, la diversificación equilibrada en las estructuras económicas, el impulso a programas de reforma agraria integral, la eliminación del analfabetismo y el impulso a la educación, salubridad e higiene, el mantenimiento de precios estables, evitando la inflación o deflación, el fortalecimiento de los acuerdos de integración económica con el objetivo de crear un mercado común latinoamericano y el facilitar el acceso de las exportaciones latinoamericanas a los mercados internacionales.

Los objetivos señalados se llevarían a cabo a través de la planificación del desarrollo económico y social, con la cooperación financiera y técnica internacional, con el apoyo a los movimientos de integración latinoamericana y la defensa de los productos básicos de exportación de la América Latina.

Las decisiones de la Carta de Punta del Este en materia de integración tienen en su aspecto político un gran sentido positivo y representan, sin duda, un avance fundamental en el proceso de consolidación de las ideas interamericanas sobre un tema que... había sido sumamente polémico. (Ibídem p.25)

A pesar de que la Alianza para el Progreso ha sido criticada por estudiosos de los fenómenos económicos como un medio para avasallar la economía latinoamericana a los intereses capitalistas de los países industrializados, su papel de impulsor y apoyo del proceso integrador latinoamericano no puede soslayarse, al igual que su

trascendencia como base de un proyecto integrador económico latinoamericano.

El papel del sistema Económico Latinoamericano.

Habría que señalar, para empezar, que el SELA, por su origen, por su tradición, por su composición, tiene una posición política definida en materia de cooperación e integración regional, que lo ha identificado como neoliberal. Probablemente, esa circunstancia explique varias de las dificultades que esa Institución tuvo que enfrentar en el pasado reciente, pero también la califica para recobrar presencia e impulsó en el nuevo período de democracia continental. Ese merecido respaldo político es esencial para que el SELA desempeñe a plenitud las finalidades para las que se creó en 1975.

No obstante, es conveniente insistir en la trascendencia de su papel de concertación política en toda la reunión. Es el único organismo latinoamericano habilitado para desempeñar esa tarea con un amplio campo de acción que todavía se estima potencial antes que expresión de realizaciones concretas.

En este papel se ha mencionado la enorme influencia de los cambios del sistema económico internacional en la política latinoamericana, y para el efecto que interesa, en el funcionamiento de los procesos de integración y cooperación regional y subregional.

Su papel en la concertación político-diplomática de los países de América Latina, en los foros internacionales y en la coordinación de los organismos de integración regional y subregional,

lo coloca en situación excepcional para vincular las acciones de orden regional con el sistema económico internacional, partiendo del principio de que sin cooperación latinoamericana no hay intereses comunes (salvo, tal vez, coincidencias ocasionales), y sin

intereses comunes no hay posición común de negociación internacional (Fernández, 1985 p. 18).

El papel central del SELA en materia de integración latinoamericana es el de coordinación de los diferentes procesos subregionales y regionales. Su importancia mayor deriva de la circunstancia, de que las tendencias de la economía regional y mundial parecen conducir a una creciente polarización económica que, por su propia naturaleza, es contraria a las exigencias de desarrollo equilibrado y armónico regional. En esa dimensión, la coordinación no sólo tiene el propósito administrativo de poner en contacto y facilitar la relación entre las diferentes secretarías de integración regional y subregional (lo cual ya es importante), sino la de examinar, en conjunto, las grandes líneas de vinculación económica continental y recomendar a los gobiernos latinoamericanos la adopción de las políticas y los proyectos comunes que contribuyen a mantener un apropiado equilibrio de expectativas en las relaciones económicas regionales.

El sistema Económico Latinoamericano, como coordinador de los procesos de integración del continente, es un organismo que ha canalizado las expectativas de integración a través de los mecanismos diplomáticos y de negociación que le son propios, y allí radica su importancia para la integración latinoamericana.

La iniciativa Bush para las Américas.

El 27 de Junio de 1990, el Presidente estadounidense, George Bush, anunció la Iniciativa para las Américas, cuyo propósito fundamental es el establecimiento de un nuevo marco de relaciones entre los Estados Unidos, América latina y el Caribe. Se basa en tres pilares que tradicionalmente Latinoamérica ha considerado esenciales para su desarrollo y estabilidad política, a saber: Comercio, Inversión y Deuda. En pocas palabras, el primero contempla la creación a largo plazo de una zona de libre comercio entre todos los países de la región; el segundo busca estimular la inversión nacional y

extranjera, fomentar los flujos de capital y reducir la carga de la deuda; el tercero representa un apoyo adicional a la reducción de la deuda externa latinoamericana, con el objeto de reformar los planes de inversión y dar cimientos más flexibles al crecimiento hemisférico.

En el planteamiento de la Iniciativa, el Presidente Bush establece ciertos requisitos, reflejados en un modelo económico, para que un país de la región resulte elegible. El secretario adjunto de Estado de los Estados Unidos, señor Aronson, se refirió a las tareas que deben asumir los países de América Latina para ser elegibles y beneficiarios de la Iniciativa del Presidente Bush.

Según Aronson, en la exposición formulada ante el Comité de Relaciones Exteriores del senado, el 27 de Septiembre de 1990, la región

debe asumir que:

a) La responsabilidad de desarrollo recae en cada país. b) Debe fortalecer la democracia y orientar las reformas económicas hacia el mercado; c) Debe crear un clima favorable para la inversión, incluyendo el retorno del capital fugado; y d) debe crear e inspirar confianza a los inversionistas y banqueros, tanto en el interior de la región como en el exterior. (Montenegro, 1993, p.150).

Los requisitos antes señalados fueron producto de un nuevo enfoque en las relaciones interamericanas, porque no sólo se limita a proclamar las ventajas y la superioridad de la libre empresa y mercado, sino que impone la adopción de pasos concretos en esta dirección.

Entre los elementos de la iniciativa estaba la reducción de la Deuda Oficial. En ésta la administración Bush planeaba proponer una legislación que permitiría una reducción sustancial y una reestructuración de los préstamos concesionales de los Estados Unidos (según la tasa de interés del mercado) a los países de

América Latina y el Caribe con serios problemas en el servicio de la deuda.

Se propuso reducir las obligaciones de la deuda bilateral oficial sobre una base, caso por caso. Los Estados Unidos aceptarían los pagos de intereses de los títulos concesionales reestructurados en moneda corriente local y los colocaría en fideicomisos para apoyar los programas y proyectos ambientales de acuerdo con los gobiernos participantes. Una nueva oficina dentro del Departamento del tesoro que se conocerá como la Empresa para los Medios de las Américas administraría los esquemas de reducción de la deuda.

Por otra parte, en cuanto a la reducción de la deuda comercial, se proponía aportar un respaldo adicional, mediante el B.I.D., el cual se convertiría en una fuente adicional de fondos para colaborar con la reducción de la deuda frente a la banca comercial, en el marco del plan Brady.

Como se puede apreciar, la Iniciativa para las Américas no proponía planes o programas en lo que respecta a la deuda comercial; ni aborda directamente este tema.

Otro elemento de la iniciativa lo constituían las Proposiciones para estimular la inversión, el cual es uno de los pilares de la iniciativa en la promoción de inversiones. El propósito que se perseguía con las propuestas en esta materia deriva, supuestamente, del argumento de que las mismas deben estar destinadas a promocionar un clima favorable para la inversión, nacional y extranjera, lo cual le permitiría a los países de América Latina y el Caribe atraer el capital que les es indispensable.

El medio ambiente fue una de las preocupaciones de esta Iniciativa y está muy vinculado a las propuestas sobre la deuda y preveía celebrar convenios ecológicos asociados a la reducción de la deuda. Este era un elemento clave para lograr el cumplimiento de la

iniciativa. Estos acuerdos permitirían a los países realizar pagos de intereses en moneda local de la deuda nueva reducida, en base al compromiso previo de utilizar tales recursos para proyectos ecológicos en sus territorios.

Por último, con respecto a la Liberación del Comercio, la Iniciativa contemplaba una meta a largo plazo: La expansión del comercio, la cual es potencialmente el aspecto más importante de la misma.

El primer elemento de acuerdo con el plan, era establecer una estrecha colaboración hemisférica en la Ronda Uruguay del Gatt, donde los Estados Unidos presionaban para la liberación del comercio en muchas áreas de especial interés para la región. Al anunciar la Iniciativa, el Presidente Bush afirmó que los Estados Unidos buscará reducciones tarifarias más profundas en los productos de especial interés para América Latina.

El segundo elemento en materia comercial contenido en la Iniciativa se refería al sistema de libre comercio que vincularía a todos los países de América.

Bajo la Iniciativa, el Presidente Bush anunció que los Estados Unidos estaban listos para entrar en acuerdos de libre comercio con otros mercados de América Latina y el Caribe, en especial con grupos de países que ya habían acordado mutuas medidas de liberación.

El éxito de esta propuesta dependería de la medida en que los países involucrados se mostrasen orientados hacia la liberación del comercio, la reforma económica (en la cual el sector privado adquiere una posición privilegiada, y la participación del Estado se reduce) y la aplicación de variables macroeconómicas equilibradas (consumo, ahorro, inversión, etc.).

Finalmente, en materia comercial se debería tomar en consideración el aspecto de la reciprocidad, en función de las grandes diferencias existentes entre la economía (Producción) y la sociedad (mano de obra) latinoamericana y norteamericana.

Hacia el Area de Libre Comercio de las Américas.

La creación del Area de Libre Comercio de las Américas, cuyo compromiso fue establecido por 34 países americanos, en la Cumbre de las Américas de Miami, fue la consecuencia de la Iniciativa Bush para las América, la cual también sirvió de base para el establecimiento del tratado de Libre Comercio (TLC) que reúne a México, Canadá y Estados Unidos.

"La Iniciativa para las Américas fue el proyecto más importante de Estados Unidos hacia Latinoamérica desde la Alianza para el Progreso, que puso en marcha a principios de los 60 el ...Presidente John Kennedy" (El Globo, 1996 p. 8).

En la Cumbre de las Américas celebrada en diciembre de 1994 en la ciudad de Miami, 34 Jefes de Estado y gobierno de los países del Hemisferio Occidental se comprometieron a preservar y fortalecer la democracia, promover la prosperidad a través de la integración y el libre comercio, erradicar la pobreza y la discriminación y garantizar un desarrollo sustentable. En su capítulo referido a comercio e integración, los Jefes de Estado, resolvieron iniciar de inmediato la constitución del Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA), estableciendo como plazo máximo para concluir las negociaciones el año 2005. Desde entonces,

los gobiernos participantes han desarrollado una intensa tarea de preparación de las negociaciones reflejada en las reuniones ministeriales de Denver y Cartagena de Indias, y en una apretada agenda para los once grupos de trabajo actualmente en actividad. (SELA, 1996 P.19).

En la primera reunión ministerial realizada en Denver, en Junio de 1995, se crearon y definieron los términos de referencia y se designó el país coordinador de siete grupos de trabajo que cubrieron las siguientes áreas: acceso a mercados (El salvador), procedimientos aduaneros y reglas de origen (Bolivia), normas y barreras técnicas al comercio (Canadá), inversión (Costa Rica), medidas sanitarias y fitosanitarias (México), subsidios y derechos compensatorios y antidumping (Argentina) y economías pequeñas (Jamaica).

En la segunda reunión ministerial, en Cartagena, de marzo de 1996, se ratificó el compromiso de lograr avances concretos en las negociaciones del ALCA antes de finales de este siglo y se decidió dar la instrucción a los viceministros de discutir los enfoques para alcanzar el ALCA y formular recomendaciones específicas antes de la próxima Reunión Ministerial de comercio en mayo de 1997, que se efectuó en Belo Horizonte, Brasil.

También se instruyó a los grupos de trabajo creados en Denver para que ejecuten las tareas por ellos mismos identificadas, presenten sus conclusiones y recomendaciones a la reunión de ministros de mayo de 1997, y coordinen sus trabajos bajo la dirección y supervisión de los viceministros de comercio. Al mismo tiempo, se resolvieron acciones inmediatas en los siete grupos preexistentes, la mayor parte de las cuales orientadas a completar y mantener actualizadas las bases de datos y los inventarios, así como desarrollar posibles enfoques para las negociaciones en cada tema específico.

En cumplimiento de los compromisos asumidos en Denver también se designaron países coordinadores y se establecieron los términos de referencia de cuatro nuevos grupos de trabajo en las áreas de compras del sector público (Estados Unidos), derechos de propiedad intelectual (Honduras), servicios (Chile) y política de competencia (Perú).

Adicionalmente, se ratificaron los países coordinadores de los primeros siete grupos de trabajo y se acordó establecer con ocasión de la tercera reunión ministerial un nuevo grupo de trabajo sobre solución de controversias. La declaración ministerial también instruyó a los viceministros

a considerar procesos apropiados para tratar la protección del medio ambiente y a evaluar y formular recomendaciones sobre la creación de un grupo de estudio con base en las conclusiones de la... Reunión Ministerial de la Organización Mundial del Comercio en Singapur (Idem).

En la declaración ministerial de Cartagena se enfatizaron cuestiones de procedimiento vinculadas con la falta de homogeneidad en los mandatos, labores, ritmos y métodos de trabajo de los diferentes grupos de trabajo y la imposibilidad material de cubrir las múltiples reuniones que se realizan en diversos puntos del hemisferio. En consecuencia, se resolvió que los coordinadores de los grupos de trabajo se reúnan y coordinen sus actividades, y que programen la realización de reuniones y la elección de sedes para evitar la dispersión, la primera de las cuales se realizó en Washington los días 31 de Julio y 1º de agosto de 1996. Asimismo, se resolvió la realización de por lo menos tres reuniones viceministeriales antes de la cumbre de Belo Horizonte, a objeto de dirigir, evaluar y coordinar la labor de todos los grupos de trabajo para asegurar un avance significativo antes de la reunión de 1997.

En seguimiento a la reunión ministerial de Cartagena, se realizó en septiembre (1996) la Reunión Ministerial de Florianópolis, en Brasil, en la cual se instruyó a los grupos de trabajo que presenten a los Viceministros, en febrero de 1997, el estado de avance de los trabajos a fin de determinar posibles enfoques para las negociaciones y propuestas concretas respecto de las áreas que requieran atención inmediata. Se recalcó el importante papel de los presidentes de los grupos de trabajo en el desempeño de los mismos y se señala que es una labor que no deben delegar y deben realizar con imparcialidad.

También se destacó la relevancia del principio del consenso para las decisiones de los grupos.

Resumiendo, el ALCA tiene como objetivo eliminar progresivamente las barreras arancelarias y no arancelarias, promover y establecer el libre flujo de bienes, servicios e inversiones entre los países, así como ampliar y profundizar la integración económica hemisférica.

La formación del ALCA ha sido calificada "como el acontecimiento de mayor trascendencia de los Últimos años para la integración económica abierta" (Parra, 1997 P.104). Sin embargo, autores como Vacchino (1996), plantean que

la realización de este proyecto hemisférico podría no contribuir a la consolidación de los esquemas subregionales existentes, como tampoco al reforzamiento del proceso de convergencia que se manifiesta actualmente entre los países y grupos de países de América Latina y el Caribe. Por el contrario, la competencia por incorporarse y el orden de incorporación al proyecto hemisférico podría tener un efecto centrífugo, poco beneficioso. (P.P. 88-89)

Parra (1997), citado anteriormente, señala que la creación del ALCA, constituye una estrategia de los Estados Unidos para conformar

un bloque occidental, para tratar de tener mayor negociación frente a los otros bloques de poder mundial y reconquistar la hegemonía que ostentaba en años anteriores, así como la supremacía en los mercados mundiales (P.P. 105-106).

No obstante ésta y otras posturas de calificados académicos e investigadores, la iniciativa norteamericana es trascendental por dos motivos: primero por la cohesión continental que implica per se y segundo por la necesaria conformación de un bloque americano que enfrente los grandes desafíos que presenta el espectro económico internacional.

Lo conveniente sería el desarrollo económico y la integración bajo presupuestos autónomos y latinoamericanos. Sin embargo, ante la magnitud que un proceso de esa naturaleza pudiera implicar, la constitución del área de Libre Comercio de las Américas significa un gran avance en el proceso de Integración Latinoamericana.

Reflexiones sobre la evolución de la Integración Latinoamericana.

La doctrina o pensamiento económico latinoamericano ha tratado de dar respuesta a los graves problemas de dependencia y subdesarrollo que han aquejado a América Latina, y han hecho énfasis en la necesidad de la integración para resolver, en bloque, los problemas económicos estructurales que han caracterizado la evolución económica del sub-continente.

Si bien Miranda propugnaba una unión política que diera fuerza y prosperidad a la América Española, Bolívar, con su pensamiento, traza la frontera entre la doctrina económica colonial y la independiente.

El ideario bolivariano inicia la posición auténtica y defensiva, encaminada a servir exclusivamente a los intereses de nuestros países, en busca de su desarrollo y de la solución de sus problemas sociales (Consuegra, Ob. cit P,18).

Bolívar como Padre de la Integración Latinoamericana, expuso con claridad la esencia y validez de su contenido: defensa, independencia y seguridad del desarrollo autónomo. Sin embargo, la idea bolivariana no tuvo acogida y las teorías económicas ricardianas de especialización internacional del trabajo, costos comparativos, ampliación de mercados para propender a zonas de libre comercio, han prevalecido en contraposición a la estructuración de grupos integracionistas, obviándose el pensamiento de El Libertador.

La historia destaca que la economía latinoamericana ha estado al servicio de la satisfacción de las necesidades de países industrializados y transnacionales económicas.

Sobre la base de las ideas expuestas, los lineamientos doctrinarios de Haya de la Torre y Raúl Prebisch (CEPAL) suponen el despertar de una conciencia económica latinoamericana y de una forma diferente de tratar el desenvolvimiento de las economías en Hispanoamérica para lo cual deben retomarse sus aspectos básicos en pro de la unión continental de cara al siglo XXI.

Igualmente, la Alianza para el Progreso, la Iniciativa Bush para las Américas y la constitución del ALCA, constituyen, sobre todo este último, herramientas nada desdeñables hacia una unión continental que sirva a los intereses de las naciones de América Latina y el Caribe, aunque siempre será necesaria la configuración de un espacio integracionista autónomo que sea concebido por y para los latinoamericanos.

LISTA DE REFERENCIAS.

- Banco Interamericano de Desarrollo (1965). *La Integración Latinoamericana. Situación y Perspectivas*. Buenos Aires. Instituto para la Integración de América Latina. (INTAL).
- CONSUEGRA HIGGINS, José. (1982). **Las Ideas económicas de Simón Bolívar**. Bogotá. Plaza de Yánes.
- FERNANDEZ, G. "**La Integración Latinoamericana**" en *Revista Integración Latinoamericana* (INTAL). 1985.
- GARCIA, Guillermo (1975). **América Latina o se une o se hunde**. Caracas. Tipografía "Principios".
- HIBSCHMAN, Albert (1973). **Desarrollo y América Latina**. México. Fondo de cultura Económica. Instituto Schiller (1987). *La Integración Latinoamericana*. Caracas. Litografía Melvin.

- LABARCA, Domingo. "**Las ideas políticas y sociales del Libertador**". Diario El Zuliano. 17 de Diciembre de 1982.
- LEON DE LABARCA, Alba Ivonne (1979). **Miranda, Bolívar y la Integración Latinoamericana**. Maracaibo. Instituto de Filosofía del Derecho. Universidad del Zulia.
- MAZA ZABALA Domingo. "**Raúl Prebisch y la conciencia Latinoamericana**". Hermanos del seminario Internacional. El Pensamiento Económico del Dr. Paul Prebisch y el desarrollo de América Latina. Facultad de Ciencias Económicas y sociales. Universidad del Zulia. 1987.
- MONTENEGRO, Luisa (1973). **La iniciativa Bush, para las Américas: un proyecto en el contexto de las relaciones de América Latina y el Caribe con los Estados Unidos**. Tesis de Grado. Universidad Rafael Urdaneta.
- MORALES MANZUR, Juan. "**Las Fuerzas Centrifugas de la Integración Latinoamericana**" en FRONESIS. Instituto de Filosofía del Derecho. Universidad del Zulia 1996.
- ORTEGA, Pedro (1984). **El Congreso de Panamá y la Unidad Latinoamericana**. Caracas. COTRAGRAF.
- WIONCECK, Miguel. "**Surgimiento y decadencia de la Integración Latinoamericana**" en Foro Internacional H 41. El colegio de México. Julio-septiembre de 1970.
- PARRA, Gastón (1997). **Transformación e Integración en América Latina**. Maracaibo, Universidad del Zulia.
- SELA (sistema Económico Latinoamericano) Secretaría Permanente (1996). El proceso de convergencia regional y el establecimiento del ALCA. Publicación N° 6. Montevideo.
- VACCHINO, Juan (1996). **En la era de la Globalización: espacios y opciones de la integración**, en Revista del SELA.

**EL PRESIDENCIALISMO EN VENEZUELA.
EFECTOS SOBRE LA LEGITIMIDAD Y ESTABILIDAD
DEMOCRATICAS EN EL PAIS.**

Ivonne K. Parra Tapia
Universidad del Zulia

Introducción.

El debate sobre el rol de las instituciones políticas ha ganado actualidad en los últimos tiempos, en un intento por estudiar los sistemas democráticos para sentar las bases de su consolidación y estabilidad.

La realidad democrática y la crisis económica generalizada en América Latina debido al factor "Deuda Externa" apunta hacia los gobiernos y obliga a evaluar los controles sobre el Poder Ejecutivo. Igualmente, los problemas de tipo socio-políticos requieren replantear la conveniencia del régimen presidencialista con el objeto de evitar la caída de la democracia.

Por otra parte, otro punto que ha originado la necesidad de efectuarle una revisión a la estructura gubernamental, es la complejidad y multiplicidad de las tareas gubernamentales que son asignadas al Poder Ejecutivo con carácter exclusivo.

El debate planteado versa sobre la forma de gobierno en Venezuela en términos de modificar o cambiar el sistema político presidencialista ante la necesidad de consolidar nuestra democracia basados en la asociación entre la crisis democrática y sus causas en el sentido del supuesto de que el tipo de sistema político, es decir, su carácter presidencialista, tiene responsabilidad en América Latina y en particular en Venezuela, de la crisis recurrente y facciosamente

negativa de la democracia y que en la mayoría de los casos ha producido su quiebra definitiva.

En la práctica se han propuesto dos planteamientos que pretenden dar explicación y solución a la situación planteada. Uno de esos planteamientos se refiere a la adopción del sistema parlamentario o de sus instituciones fundamentales como la del Primer Ministro. El otro planteamiento establece la conservación del régimen presidencialista, modernizando su estructura e introduciendo controles sobre el Presidente y la administración por parte del Congreso.

Se justifica de esta manera el replanteamiento y la evaluación, desde el punto de vista institucional, del presidencialismo tanto en América Latina como en Venezuela. A ellas se suman los factores socio-políticos y culturales del país que establecen el marco de actuación en el sistema político así como los actores socio-políticos que condicionan su funcionamiento.

Sobre el presidencialismo y el parlamentarismo. Diferencias, proes y contras de estas formas políticas.

Cuando se diferencian las características distintivas del sistema presidencial y del sistema parlamentario, se alude, en cuanto al sistema de gobierno presidencialista, al modelo de los Estados Unidos de Norte América y a la Gran Bretaña en cuanto al sistema parlamentario. Cabe acotar la existencia del sistema parlamentario presidencialista también llamado sistema mixto.

Dichos sistemas de gobierno conciben de manera diferente la estructura de los Poderes Públicos de Estado y la relación entre ellos.

El régimen es parlamentario cuando el jefe de Gobierno o del Ejecutivo es elegido por el Poder Legislativo, si tanto él como su gabinete dependen de la confianza del mismo de manera que una mayoría en el Parlamento sea capaz de revocar su mandato a través del voto de censura o de no confianza y además, si el Jefe de Gobierno tiene derecho a disolver el Parlamento y convocar elecciones. Es decir que el parlamentarismo es un sistema representativo en el cual el Parlamento desempeña un papel importante en el proceso de toma de decisiones políticas, en materia legislativa, de presupuesto y control de gobierno. .

Entendemos por sistema presidencialista aquel régimen en el cual el Jefe del Ejecutivo o Presidente resulta elegido por la votación del pueblo, si el Poder Ejecutivo carece del derecho para revocar su mandato por motivos políticos y si el Presidente carece del derecho para disolver. El Parlamento; en el sistema presidencialista los plazos de los mandatos del Presidente y miembros del congreso son fijos. (Lijphart: 1987).

Para abrir el debate sobre los distintos sistemas democráticos a partir del orden institucional y en particular sobre los problemas que presenta la forma de gobierno presidencialista para la consolidación y estabilidad democrática de un país, Juan Linz en su ensayo "*Democracia Presidencial o Parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?*", hace mención al rol de factores institucionales en la crisis y caída de la democracia. En este sentido Linz plantea que en los sistemas parlamentarios la única institución con legitimidad democrática es el Parlamento y el gobierno que deriva de su autoridad con la confianza o aprobación del Parlamento. La mayoría de los Presidentes en sistemas parlamentarios tienen sólo poderes y funciones limitados, además de que los mecanismos institucionales para su elección y la misma práctica política han limitado el potencial conflicto de este puesto con legitimación democrática.

Por el contrario, para este autor, los sistemas presidencialistas están basados en principios opuestos. Un ejecutivo con poderes considerables en la Constitución, con control total sobre la composición de su gabinete y administración, electo directamente por un tiempo limitado, no dependiente del voto formal de confianza de los representantes electos en forma democrática para el Parlamento, es depositario del Poder Ejecutivo y es cabeza del Estado (Linz: 199, 22).

En los sistemas presidencialistas se destaca la clara legitimidad democrática del Presidente. Un sistema presidencialista le da al Presidente los atributos de jefe de Estado, representante de la Nación y los poderes del ejecutivo. Crea expectativas populares exageradas distintas a las de un Primer Ministro independiente de la popularidad que él tenga con igual número de votos.

Otro hecho que sobresale en estos sistemas es el de que los legisladores (representantes de partidos políticos organizados con opciones ideológicas y políticas reales) también tienen legitimidad democrática y es posible que ellos representen opciones políticas distintas a las del Presidente, entonces ¿quién tiene más derecho para hablar en nombre del pueblo, el Presidente o la mayoría parlamentaria opositora?. Nos encontramos ante un latente conflicto que ningún principio democrático puede resolver y que los mecanismos que existen para ello en la Constitución son complejos, muy técnicos, legalistas y de dudosa legitimidad democrática para el electorado. (Idem, 23)

Otra característica institucional de los sistemas presidenciales que nos plantea Linz es el hecho de que los Presidentes son electos por un período de tiempo que no puede ser modificado y a veces no puede ser prolongado. Así vemos como el proceso político se divide en períodos discontinuos y rígidos sin posibilidad de reajustes periódicos que se adapten a los acontecimientos políticos, sociales y económicos.

El tiempo del mandato de un Presidente se convierte en factor político esencial al que todos los actores en el proceso político tienen que ajustarse. En el caso de necesidad de sucesión por muerte o inhabilitación del Presidente, ésta puede llevar a la presidencia a alguien a quien los votantes, líderes de partidos y la elite política jamás hubiesen confiado ese puesto (Idem, 24).

Las Constituciones presidencialistas tienen por un lado el propósito de crear un Ejecutivo poderoso y estable con legitimidad popular. Por otro lado, muestran una profunda desconfianza hacia la personalización del poder y el caudillismo y temor al monarca absoluto. A veces en la cultura política la legitimación del ejercicio de este rol por las Fuerzas Armadas como poder moderador controlador del poder presidencial.

Para el autor, la contradicción fundamental entre el deseo de tener un Ejecutivo fuerte y estable y la sospecha latente sobre el mismo, afectaría la manera de tomar decisiones políticas, el estilo del liderazgo, las prácticas políticas y la retórica del Presidente y sus opositores e introduce un conflicto que no puede explicarse en términos económicos, políticos o ideológicos.

Por otro lado, quizás la consecuencia más importante del presidencialismo es que introduce un fuerte elemento del juego "suma cero" en la política democrática a través de reglas que producen resultados electorales en los cuales "el ganador se lo lleva todo" (Idem, 27). El carácter "suma cero" del juego político en estos regímenes es reforzado por el hecho de que los ganadores y perdedores quedan determinados para todo el período del mandato presidencial. Esto aumenta la importancia de una elección presidencial a través de la cual el Presidente tendría un mandato directo del pueblo. Esto trae ciertas consecuencias a nivel del proceso electoral ya que si no se requiere un porcentaje mínimo y un número de candidatos compiten en una sola vuelta, el elegido podría tener solo un porcentaje muy pequeño y no existiendo diferencias

con otros candidatos no sería capaz de sentir el apoyo popular plebiscitario, que honestamente lo tienen él y los que le apoyan.

Otra consecuencia que se menciona acerca del régimen presidencialista es en cuanto al estilo de hacer política. El Presidente representa a toda la Nación, al Estado y al mismo tiempo a una opción política partidaria y de sus votantes. El sistema Presidencialista no permite la diferenciación de roles. Dada la inevitable posición estructural e institucional del Presidente no es raro que el pueblo piense que tiene más poder del que realmente posee y debe poseer y ponga expectativas excesivas en él. La interacción entre un Presidente popular y la masa, puede generar un clima de tensión política y agitar a sus oponentes (Idem, 32).

En cuanto a sus planteamientos con relación a una posible solución, para Linz no debe tomarse como riguroso el argumento de que las democracias parlamentarias siempre aseguran la estabilidad democrática pero sí que el parlamentarismo provee de flexibilidad al proceso de transición a una democracia consolidada (Idem, 42).

Una de las instituciones que puede llevar a un gobierno relativamente estable es un Primer Ministro fuerte que garantice el proceso de toma de decisiones, fortalezca el papel de los partidos, limite la fragmentación política, pero que habría que tomar en cuenta otros factores como el federalismo, cultura política, etc.

Ahora bien, según Linz, un híbrido tampoco es preferible al régimen parlamentario ni a un sistema presidencial puro. Sin embargo, todos los regímenes dependen de la disposición de la sociedad, de la contribución a su estabilidad de las instituciones y fuerzas sociales más importantes.

También dependen del consenso, para legitimar a la autoridad lograda a través del proceso democrático (Idem, 42).

Todos los regímenes dependen de la capacidad de los líderes políticos para gobernar, para inspirar confianza, para conocer los límites de su poder y lograr un consenso mínimo.

Habría que plantear el debate al papel de las instituciones democráticas alternativas en la construcción de democracias estables.

Dieter Nohlen es otro estudioso de la ciencia política y que ha centrado su atención en el descuido de las instituciones y del proceso político en las democracias inestables de tipo presidencialista en América Latina. En su ensayo *"Presidencialismo, sistemas electorales y sistemas de partidos. Reflexiones exploratorias para América Latina"* critica la alternativa parlamentaria y trae una propuesta de ajustes al presidencialismo.

Pretende discutir el supuesto de que el tipo de sistema político tiene responsabilidad en América Latina en los derrumbes de la democracia y la relación entre instituciones políticas y rendimiento político. Apunta que el estudio del presidencialismo es importante en contextos de democratización porque tiene relevancia para mejorar los sistemas políticos latinoamericanos, problemas de legitimidad y consolidación democrática.

En América Latina la crisis de la democracia se ha identificado con la vigencia del sistema presidencialista de gobierno por lo que se pretenden hacer reformas institucionales con modelo en el parlamentarismo. Pero debemos tomar en cuenta una serie de inconvenientes al debatir sobre la introducción de formas parlamentarias en América Latina. (Nohlen: 199,16)

1. El Espejismo Estadístico: según las observaciones estadísticas se concluye que las democracias estables son básicamente de tipo parlamentario. Pero se aduce que se deben tomar en cuenta otras variables además de las dos involucradas (que la forma de

gobierno tiene algo que ver con el quiebre de las democracias). La tercera variable interviniente es la región: debemos tomar en cuenta que los sistemas presidenciales son inestables en América Latina, mientras que los sistemas parlamentarios son estables en Europa. Además de otros factores como la cultura política, heterogeneidad estructural en lo económico y social, etc. (Idem, 17).

2. Debilidad del Argumento en Contrario: Es decir que con el parlamentarismo la democracia hubiera sobrevivido. Es metodológicamente débil una argumentación que parte de un supuesto, además la presencia de un fenómeno determinado en un momento histórico fatal hace deseable que éste se ausente. De esta manera se dejan por fuera las demás variables en juego. El argumento en contrario requiere un uso muy cuidadoso, del cual los protagonistas del parlamentarismo se alejan mucho (Idem, 18).
3. El Tipo Ideal como Figura Argumentativa: Al centrarse en los tipos ideales se descuidan los tipos reales, los tipos históricos, contingentes, con lo cual no se percibe la multiplicidad de variantes presentes en el modelo básico. Si no entramos en las variantes de los sistemas básicos no podremos percibir si han sido adaptaciones del modelo básico en tiempo y lugar que han contribuido con el éxito del mismo. También podemos de esta manera observar adaptaciones fracasadas (Idem, 19).
4. Método y Dimensión Comparativa: se debe comparar el presidencialismo en América Latina con el parlamentarismo en Europa, pero tomando en cuenta las variables contextuales. Sería más interesante comparar intertemporalmente los sistemas de gobierno para facilitar el tomar en cuenta dichas variables. Factores a considerar: a) Importancia del factor institucional en el quiebre de las democracias. b) Las lecciones aprendidas después de los quiebres en las reconstrucciones democráticas. c)

Influencia de estas reformas institucionales en Europa y su impacto en América Latina (Idem, 21).

5. Dimensión Histórica, Raíces del Presidencialismo Latinoamericano: Debemos tomar en cuenta que en América Latina el sistema político dominante se estableció en un proceso histórico diferente al de Europa y los Estados Unidos. Una primera conclusión es evaluar los sistemas de gobierno a partir de situaciones históricas concretas. Una segunda conclusión se refiere a la tradición presidencialista en América Latina. Las instituciones son expresión de valores, preferencias y patrones de comportamiento ampliamente compartidos de una sociedad. de modo que la tradición presidencialista en América Latina tiene dos asideros: la historia decimonona y la estabilidad de valores, preferencias, patrones de comportamiento. (Idem, 22)
6. Parlamentarismo y esperanza de Reglas Consensuales: Esta es una de las argumentaciones más atrayentes en pro de las reformas hacia el parlamentarismo ya que se le atribuye a este tipo de gobierno una mayor capacidad para fomentar el modelo de adopción de decisiones consocionales. Pero debemos tomar en cuenta que la experiencia del parlamentarismo en los estados Unidos tiene rasgos consocionales atendiendo al mecanismo de compromisos interpartidos. Y además la incapacidad de tomar decisiones a este respecto puede conducir a situaciones que reclamen mano fuerte, pueden llegar a ser negativas (Idem, 23) .
7. Referencia a la Consolidación Democrática: El debate sobre el sistema político se fundamenta en su relación con la necesidad de consolidar las democracias refundadas. El dato básico en este punto es que la consolidación democrática y su éxito exceden los límites de la institucionalidad y tienen que ver con la eficiencia del gobierno (Idem, 24).

D. Nohlen nos plantea varias alternativas con relación al tema en cuestión dentro de las cuales encontramos la de que el problema no debe ser planteado metodológicamente en términos excluyentes de uno u otro sistema. La no-funcionalidad del sistema presidencialista no es exigencia automática de transformación radical del régimen político, más bien debe estudiárselo y adecuarlo a sus actuales y futuras funciones (Idem, 33).

Debemos también tomar en cuenta el grado de desarrollo contextual de cada sistema ya que cada uno ha desarrollado una fórmula propia de gobierno específica no desechable.

El punto de partida para valorar un sistema estaría dado por la observación del desarrollo concreto de los fenómenos políticos y el funcionamiento real de los sistemas de gobierno que se desea aplicar (Idem, 33).

La propuesta con mayor viabilidad es buscar fórmulas que sin alterar la base permitan el mejoramiento en el funcionamiento del gobierno.

El punto de partida sería el presidencialismo y sus variaciones; la propuesta sería introducir ciertos elementos según el país y el contexto. Por ejemplo: una propuesta concreta es la introducción de la figura del Primer Ministro.

Mecanismo a utilizar: desconcentración de tareas presidenciales en la figura del Primer Ministro, aún cuando sea a través de delegación presidencial. Esto permitiría:

- a) Que el Presidente cumpla con sus funciones de Jefe de Estado.
- b) Que el Primer Ministro asumiría tareas prácticas de Jefatura de Gobierno, coordinación del gabinete y supervisión de la administración del Estado.
- c) Permitir una relación coordinada entre Poder Ejecutivo y Legislativo.

d) Proteger la figura presidencial de avatares cotidianos de la política (Idem, 35).

El presidencialismo en América latina.

Inspiradas en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1.787, las antiguas colonias Españolas y Portuguesas establecieron su forma de gobierno Republicano, y la institución del Presidente es producto de la revolución norteamericana, reuniendo en una sola persona al jefe de Estado y de Gobierno como elemento unificador de los Estados Federados y de autoridad para mantener el Estado central. De esta forma fue adoptado constitucionalmente el sistema presidencialista en la mayoría de las recién constituidas Repúblicas.

Este sistema presidencialista fue influenciado por los rasgos principales de la organización de las colonias y modificado por el interés en el control político y militar así como la formación de una cultura política de tipo autoritario que produjo inestabilidad y desequilibrio. El carácter de la reciente institución presidencial se encuentra marcado por la mezcla entre el ímpetu ideológico de la revolución política, la tradición monárquica constitucional Inglesa y el centralismo monárquico absolutista Español (Fernández y Nohlen: 199, 38). Ello condujo a que la igualdad y la separación de los poderes no se lograra en la realidad ya que el Poder Ejecutivo ha predominado sobre el resto de los Poderes.

De allí el fenómeno de la preponderancia presidencial en la práctica político-constitucional de América Latina (Ayala Corao: 1.992, 28), el cual responde a la necesidad de otorgarle al Jefe del Ejecutivo poderes amplios debido a la situación de subdesarrollo de estos países paralelamente con la necesidad de limitarlo en sus atribuciones para evitar arbitrariedades y abusos de poder.

En la práctica, el autoritarismo institucional llena la historia política de América Latina y es exponente de la tradición política de la región. La figura del Presidente se espera sea fuerte, paternalista mas no tirano. La madurez política de estos países acentúa la tendencia a personalizar el poder y a su vez este personaje logra manejar el congreso a través de los partidos y de la corrupción. A ello podemos agregar las competencias de naturaleza Legislativa de los Presidentes Latinoamericanos que les permiten compartir atribuciones con el Congreso.

De allí que las características institucionales de los regímenes presidenciales sean la primacía del Ejecutivo y el centralismo presidencialista (Fernández y Nohlen: 199, 44).

Tendencias parlamentarias en América latina.

En América Latina varios países como Chile, Brasil, Perú y Venezuela se han planteado una variedad de propuestas para mejorar sus sistemas políticos democráticos dadas las situaciones de inestabilidad institucional que se han presentado en ellos. Dichas propuestas van desde cambios radicales del régimen presidencial por el parlamentario hasta la implementación e introducción de elementos parlamentarios e incluir la adopción de sistemas mixtos.

En cuanto al caso chileno, la mayoría de los estudios realizados apuntan hacia el presidencialismo como la causa de la crisis política de ese país. Su constitución de 1980 consagra un régimen presidencialista con controles congresionales. La propuesta planteada es la de un régimen alterno al parlamentario o semipresidencial, ya que reúne elementos de ambos sistemas.

Se pretende establecer un Presidente que sea Jefe de Estado con atribuciones políticas, que sea árbitro entre el gobierno y el Parlamento. Por otro lado el gobierno estaría dirigido por un Primer

Ministro, el cual conduciría la política contingente del país respaldado por la Cámara de Diputados que contaría con el "Voto de censura Constructivo".

La Constitución de Brasil de 1.988 consagra el sistema presidencialista. El Presidente ejerce el Poder Ejecutivo con auxilio de los Ministros, sometido al control del Congreso Nacional, Consejo de la República y Consejo de Defensa Nacional (Arts. 48~52, 90 y 91 de la Constitución de Brasil). Posteriormente se incluyó una disposición transitoria según la cual el electorado definiría a través de un plebiscito el sistema de gobierno a regir. Dicha consulta popular y obligatoria es el intento de mayor importancia en el intento por establecer un sistema parlamentario en América Latina (Ayala Corao: 1992, 69).

Presidencialismo venezolano.

Podemos decir que el Presidencialismo en Venezuela es amplio, concentrando gran cantidad de poderes de designación, reglamentarios, organizativos y de dirección política en el Presidente, lo cual lo convierte en eje del sistema de gobierno.

Pero a pesar de haberse concebido el sistema de gobierno venezolano como sistema presidencialista con sujeción parlamentaria, es notoria la ausencia de controles políticos, así como administrativos y presupuestarios por parte del Congreso.

Otros factores cuya función es limitar el poder presidencial y que, sin embargo, no han sido desplegados convenientemente son la poca institucionalización de la carrera administrativa, la inexistencia de un poder local efectivo y autónomo e independiente del poder central y el "Primitivismo" del sistema electoral en la realización conjunta de elecciones tanto del Presidente como de los

representantes al Congreso Nacional y Asamblea Legislativa (Combellas: 1985, 220).

Los controles de naturaleza parlamentaria que presentan algunos países, entre ellos Venezuela, no han modificado la esencia del régimen presidencial, pero si han resultado en un sistema denominado presidencialismo "Parlamentarizado", "mixto" o "atenuado" (Ayala Corao: 1992, 49).

Dichos controles son los de tipo Congresional y los tendientes a atenuar la unipersonalidad de la Presidencia.

En cuanto a los Controles Congresionales, los mismos se contraponen a la concepción absoluta del poder que ha generado problemas entre lo legal y lo arbitrario y, dada la composición política de la cámara de Diputados, el sistema de lealtad y disciplina partidista, se ha hecho casi imposible el ejercicio, por ejemplo, del voto de censura de los Ministros.

Para hacerle contrapeso al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo le han sido asignadas ciertas atribuciones como por ejemplo: que los gastos del tesoro nacional por la administración deben ser autorizados por la Ley de Presupuestos; las Cámaras en sesión conjunta autorizarán el otorgamiento de concesiones de hidrocarburos; el senado debe autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación; al Presidente de la República para salir del país; el nombramiento de Procurador General de la República etc.

A través de estos controles, el Congreso puede realizar investigaciones a funcionarios públicos e interpellarlos. Sin embargo, tales controles en realidad mecanismos institucionales de control efectivo sobre el ejercicio del poder por parte de los Presidentes. No es un problema formal sino de comportamiento político, si el Presidente tiene mayoría en el Congreso, los controles no se ejercen

por lealtad partidista. En caso contrario los controles son ejercidos de manera exagerada o extrema.

En cuanto a la tendencia a rechazar el presidencialismo unipersonal, a partir de 1.964 se introduce la institución del Consejo de Ministros, la cual es típica del sistema parlamentario y mediante la misma se pretende controlar el ejercicio del Poder Presidencial. En la Constitución de 1.961 se consagran las atribuciones del Presidente y cuáles de ellas serán ejercidas en Consejo de Ministros. Sin embargo, en la práctica el líder democrático justifica el ejercicio de un poder personalista legitimado por el triunfo electoral. Así, el Ejecutivo y la Presidencia unipersonal se han fortalecido ya que los Ministros no controlan al Presidente, el consejo de Ministros tampoco lo hace al aprobar incondicionalmente sus iniciativas. Igual sucede con el Congreso como hemos reseñado, y el Poder Judicial no ejerce su función independiente y autónomamente al revisar la constitucionalidad y legalidad de los actos emanados del Poder Ejecutivo.

Es un problema de cultura y política popular; no se han asumido de manera axiológica las pautas constitucionales, más bien se ha convertido en una pieza documental planada de buenas intenciones.

Transformación del sistema político venezolano. Propuesta parlamentaria

Como hemos visto, al sistema presidencialista venezolano, a través de la evolución constitucional, se han ido incorporando algunas instituciones y controles parlamentarios, pero es de destacar que no se ha propuesto formalmente el cambio radical hacia un sistema parlamentario puro.

Entre algunas de estas instituciones encontramos al ya mencionado Consejo de Ministros y la responsabilidad solidaria de los Ministros,

el voto de censura y remoción de los Ministros por la cámara de Diputados, el referendo ministerial, etc.

Una propuesta reciente plantea la incorporación del Primer Ministro al sistema Político Venezolano. Entre las motivaciones que justifican la creación de la figura del Primer Ministro encontramos las de orden político esbozadas por Julio C. Fernández Toro en el Segundo Congreso venezolano de Derecho Constitucional.

Según este autor, dado que el Presidente de la República goza de la doble condición de Jefe de Estado y de Gobierno, es a él a quien le corresponde velar por los intereses de la jefatura del Estado, los cuales implican y contienen los intereses de la rama Ejecutiva a nivel nacional, mas no al contrario. Siendo entonces que el Estado persigue metas a largo plazo con acciones que permanecen en tanto que el Gobierno se limita a metas a corto plazo con acciones de coyuntura, resulta en un problema que ambas jefaturas recaigan en una sola persona ya que sus intereses se pueden confundir, confusión en cuanto al carácter con que actúa en cada caso.

Otro factor que señala es la cantidad y complejidad de sus funciones y tareas devenidas de cada jefatura. De allí que tal confusión se pueda evitar en la separación en dos personas distintas de las responsabilidades de ambos cargos.

El Primer Ministro no fortalecería al Poder Legislativo en detrimento del Ejecutivo ya que los miembros del Parlamento no son electos para asumir la dirección del Gobierno pero sí su control.

El interés y la necesidad de la creación del Primer Ministro vendrían dados por la posibilidad de que el Presidente tenga en quién delegar algunas de sus responsabilidades de Gobierno, pudiendo así detenerse y priorizar sobre asuntos de Estado y de alto gobierno, fundamentales.

El Primer Ministro sería una autoridad intermedia con rango constitucional entre la Presidencia y el Gabinete de Ministros. Igualmente ejercería el rol de interlocutor del Ejecutivo ante el Poder Legislativo para obtener el consenso político necesario.

Sería una figura de libre nombramiento y remoción del Presidente y facilitaría el papel del mismo en la dirección de las relaciones exteriores.

El jefe de Estado podría cumplir con mayor eficacia la vigilancia sobre asuntos de política interna y dedicar mayor tiempo a las relaciones con los representantes económicos~sociales y actores de la vida nacional para lograr el consenso social~político.

La dedicación del Presidente a estos aspectos de Estado y alto gobierno permitirían aumentar la legitimidad y eficacia de la institución presidencial (Quintín, Fernández y otros en COPRE: 1994, 41)

Efectos políticos de la figura del primer ministro.

- Un efecto político inmediato estaría reflejado en la estructura jerárquica del Poder Ejecutivo, ya que el Primer Ministro sería el segundo después del Presidente, ejerciendo la conducción del Gobierno. La responsabilidad del Presidente es grande en la designación del mismo ya que en alguna medida los electores identificarían al cual como responsable de algunas políticas que en un momento dado les afecten directamente.
- Tendría relevancia administrativa ya que sería él la autoridad superior inmediata de los Ministros.
- Contribuiría a resolver las deficiencias en la formulación de políticas públicas debido a la agilidad y eficacia administrativa

que le imprimiría a los niveles superiores del Ejecutivo Nacional.

- Podría mejorar las relaciones entre el poder Ejecutivo y el Legislativo al convertirse en interlocutor válido entre ambos.
- Su creación podría significar el mejoramiento del mecanismo interno del Poder Ejecutivo que intenta frenar los indeseables excesos de poder del Presidente de la República.
- La introducción de la institución del Primer Ministro Ejecutivo no tendría que modificar la estructura del Poder Ejecutivo actual de monocéfalo a bicéfalo sino que el Presidente seguiría siendo Jefe de Estado y de Gobierno. Pero el Primer Ministro ejercería funciones tanto propias como delegadas con relación a la gestión gubernamental (Idem: 1994,45).
- No afectarían su introducción los mecanismos de relación entre el Ejecutivo y el Legislativo, debido a que no se introducirían la responsabilidad solidaria del Gobierno ni el voto de confianza al mismo por parte del Parlamento ni la posibilidad presidencial de disolver la cámara de Diputados.

Conclusiones.

- El peso político e institucional del Presidente de la República en nuestro sistema político multiplica las opiniones sobre los cambios y modificaciones que necesita nuestro sistema en búsqueda de mecanismos que garanticen y resguarden la legitimidad y estabilidad democráticas del sistema.
- La eficiencia y el carácter presidencialista de las instituciones están muy relacionados con los factores culturales y de

comportamiento político que así como la realidad socio-política afectan la configuración y funcionamiento del sistema.

- Debe ser tomada en consideración la posibilidad, viabilidad y conveniencia de implementar la figura del Primer Ministro en aras de garantizar la eficacia de su labor. De esta manera también se le otorgaría poder y legitimidad suficientes para asegurar el efecto de sus tareas, tanto de coordinación como de supervisión de las funciones administrativas del Gobierno.
- Es posible introducir la figura del Primer Ministro por vía de enmienda, en virtud de la estructura de nuestra Constitución Nacional, de manera que no se altere el Régimen de Gobierno actual, el cual seguirá siendo presidencialista y democrático.

REFERENCIA BIBLIOGRAFIA

AYALA CORRO, Carlos. (1992) "**El Régimen Presidencial en América Latina y los Planteamientos para su Reforma**". Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías. U.C.A.B. Editorial jurídica venezolana. Caracas.

COMBELLAS, Ricardo. (1985) "**COPEI. Ideología y Liderazgo**". Editorial Ariel. Caracas.

FERNANDEZ, Mario y NOHLEN, Dieter. (199) "**El Presidencialismo Latinoamericano. Evolución y Perspectivas**" en *Presidencialismo versus Parlamentarismo*. América Latina. Editorial Nueva Sociedad.

FERNANDEZ, QUINTIN, PINTO, ALVAREZ y PALACIOS (1994) "**Reforma de las Instituciones de Gobierno**". Propuestas para la modernización del Poder Ejecutivo. Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, COPRE. Vol. II. Editorial El viaje del Pez C.A. Caracas.

FERNANDEZ TORO, Julio C. (1990) "**La Propuesta de un Primer Ministro Ejecutivo. Las nuevas relaciones entre las ramas legislativas y ejecutivas del Poder Público**" en Hacia un Nuevo orden Constitucional Memorias del II congreso venezolano de Derecho constitucional. Editorial Astro Data. Maracaibo.

LINZ. Juan. (199) "**Democracia Presidencial o Parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?**" en Presidencialismo vs. Parlamentarismo. Materiales para el estudio de la reforma constitucional. Consejo de la Consolidación de la Democracia.

CONSIDERACIONES SOBRE LA INFORMATICA JURIDICA DOCUMENTAL

María Inés Arias de Rincón
Universidad del Zulia

La Informática Jurídica encuentra su manifestación más difundida en la Informática Jurídica Documental. El estudio de esta área gira sobre cuatro ejes centrales: Primero, en cuanto a su naturaleza jurídica, la Informática Jurídica Documental se presenta como una "herramienta metodológica" que brinda auxilio a la Filosofía del Derecho y a la Ciencia del Derecho. Segundo, la Informática Jurídica Documental tiene su objeto de estudio enmarcado dentro de dos temas centrales: Por un lado, las técnicas documentales aplicadas al tratamiento de la información jurídica contenida en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina; y por el otro, las metodologías aplicadas para la construcción de sistemas de información que manejen bases de datos jurídicas. Tercero, el tema central de la Informática Jurídica Documental lo constituye el tratamiento de la información jurídica fundamentado sobre dos operaciones: Condensación e Indización. Para terminar, el cuarto eje sobre el que gira el estudio de la Informática Jurídica Documental son las bases de datos jurídicas.

INFORMATICA JURIDICA DOCUMENTAL/ NATURALEZA
JURIDICA/ AREAS DE DESARROLLO/ TRATAMIENTO
DOCUMENTAL/ BASES DE DATOS JURIDICOS.

Antes de entrar en materia, se hace necesario hacer dos precisiones terminológicas. Primero, la Informática como ciencia abarca sólo un aspecto de la Ciencia de la Información, referida al tratamiento automático de la información. Cabe preguntarse: ¿

Por qué entonces en la aplicación de las ciencias de la Información al Derecho hablamos sólo de Informática Jurídica y no le damos otro nombre menos restrictivo a los procesos automatizados, cuando en realidad por informática jurídica también debemos comprender las técnicas de documentación, como otra área de las ciencias de la Información e incluso los medios manuales de recopilación y análisis de la información jurídica?. Por una razón muy sencilla, porque la posibilidad de utilizar todo el potencial del computador en auxilio del tratamiento y la recuperación de la información jurídica, lleva a darle absoluta prioridad al aspecto informático.

Pero sin embargo, en nuestro medio, y esa es nuestra experiencia en el área, la mayoría de los esfuerzos recopiladores en el área jurídica continúan siendo efectuados, en principio, por medios manuales. Existen tareas donde la informática es difícil de concebir.

Por ejemplo, en el análisis de información jurídica, sentencias de la corte Suprema de Justicia y artículos de doctrina, antes de ingresarla a una base de datos, lo trascendente es el criterio y las técnicas aplicadas por el analista para la condensación de la información, para la construcción de la máxima o del resumen o para la indicación de esa información mediante el uso de descriptores.

Resulta "inadecuado", limitar la denominación de la Informática Jurídica tan sólo al aspecto automatizado, cuando el tratamiento de la información jurídica es sólo un aspecto de esta disciplina.

Segundo, la Informática Jurídica tradicionalmente es dividida en informática jurídica documental, informática jurídica de gestión e informática jurídica decisional. Si bien es cierto, que es la

informática jurídica documental la que ha alcanzado mayor desarrollo y la que, además, complementa a la de gestión y a la decisional, no puede confundirse con la informática jurídica en general, pues ésta tiene un objeto de estudio más amplio que la informática jurídica documental.

HORACIO LUGANO opina que:

"...en nuestro medio la inexactitud persiste, debido a la aceptación restringida -a sólo una de sus aplicaciones, la documental- que se atribuye indebidamente al título genérico de Informática Jurídica" (HORACIO LUGANO, U.1994, 89).

Para ROLDAN CASAÑE:

"...en parte la dificultad se acentúa porque a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el campo de la salud, en que hay dos términos con extensión y significados distintos: lo "médico" para ciencia y Técnica, y lo "sanitario" para la Política y Administración, en el ámbito del Derecho sólo existe una palabra, lo "jurídico", usada indistintamente en detrimento de la precisión." (ROLDAN CASAÑE,B:1990,36).

La informática jurídica documental estudia la aplicación de las técnicas de documentación científica a la información jurídica (legislación, jurisprudencia y doctrina), con la necesaria intermediación de las computadoras. No estamos haciendo referencia, a aquellas áreas de la informática jurídica que estudian la actuación de las oficinas que operan el Derecho o que sirven de apoyo al proceso de toma de decisiones judiciales.

De esta forma vemos cómo la aplicación de la informática al Derecho no puede limitarse, como se hace usualmente al tratamiento de la información jurídica, sino que su campo de

aplicación es mucho más amplio, en palabras de HORACIO LUGANO:

"Por un lado las aplicaciones tendientes a recoger, seleccionar, registrar, organizar y recuperar automáticamente documentación jurídica - legislación, jurisprudencia y doctrina- como datos de tratamiento, o sea, informática jurídica documental; y por otro lado, las aplicaciones tendientes a superar el momento meramente informático, tratando de reproducir automáticamente segmentos del raciocinio y de la actividad jurídica, proporcionando alternativas decisionales en la gestión de situaciones jurídicas; vertiente meta-documental tendiente a proporcionar soluciones de problemas y no solamente documentación sobre problemas. Este cauce meta-documental, es llamado de procesos, o decisional, o de gestión." (HORACIO LUGANO, U.: Ob.cit.90).

Presentadas estas aclaratorias terminológicas, vamos a plantear algunas consideraciones acerca de la informática jurídica documental.

Para comenzar, vamos a reconocer tres circunstancias han favorecido el desarrollo de la informática jurídica documental:

En primer lugar, el impacto de la ciencia de la Información sobre los procedimientos tradicionales empleados por el Derecho para almacenar y recuperar esa información. En segundo lugar, la complejidad creciente del ordenamiento jurídico, con todo ese caudal de datos, que obligan al jurista a dedicar cada vez más tiempo a su actualización.

En tercer lugar, la irrupción en el mundo del Derecho de la computación, con toda la potencialidad que ofrece su "asombrosa velocidad de cálculo y capacidad de almacenamiento de datos.

Primera consideración: la informática jurídica documental es una herramienta metodológica.

Etimológicamente, informar deriva del latín "informare", que significa "dar forma" y "describir". Luego información, en este sentido, significa descripción de algún objeto o suceso. Información es ante todo un conocimiento y la posibilidad de entregar ese conocimiento a todos los potenciales usuarios, constituye la finalidad esencial de una disciplina denominada la ciencia de la Información. Esta nueva disciplina comprende a su vez tres grandes disciplinas: La Documentación, las ciencias de la comunicación y la Informática. La Documentación estudia el establecimiento, investigación, reunión y utilización de documentos y la informática estudia el tratamiento automático de la información por medio de computadoras. Ambas disciplinas, documentación e informática abocadas a un objeto particular, la información jurídica, crean la Informática Jurídica Documental. Pero la Informática Jurídica Documental como tal no es una área, ni de la ciencia de la Información, ni del ámbito de la ciencia del Derecho. La Informática Jurídica Documental es un "conjunto de técnicas", significativas para las computadoras, aplicadas al tratamiento de la información jurídica.

Para SAQUEL OLIVARES:

"...la informática jurídica (y por ende, la informática jurídica documental) no es una rama del Derecho; no es Derecho. Se trata de un aspecto de la ciencia de la Información; es esta ciencia abocada a un objeto particular, el fenómeno jurídico. La Informática Jurídica es una rama de la ciencia de la información. (SAQUEL OLIVAARES, M.:1993,88).

HORACIO LUGANO la llama: "actividad", o "ámbito de investigación". Para este autor,

"...la vastedad del campo de sus aplicaciones mostró, que, no obstante las cuestiones teóricas aún no resueltas acerca de la "cientificidad" autónoma de la Informática Jurídica, y de sus relaciones de dependencia o independencia con otras

ciencias, la nueva disciplina, o actividad, o ámbito de investigación y aplicación es, es punto de unión de varios otros sectores del conocimiento con objetos y métodos propios ya consolidados, como las ciencias de la documentación y de la información, la teoría de conjuntos, la Lógica, la Lingüística, la cibernética, la Teoría General de los Sistemas, y naturalmente el Derecho, sea éste tratado como objeto de documentación o como ciencia." (HORACIO LUGANO. U.: Ob.cit.90)

Para nosotros, la Informática Jurídica Documental es una "herramienta metodológica" que la Documentación y la Informática, entre otras disciplinas, brindan al mundo del Derecho y que la Filosofía del Derecho la asume como "metodología" para la aplicación del Derecho.

Segunda consideración: la informática jurídica documental desarrolla dos áreas de estudio.

Una de las aplicaciones más significativas de las computadoras, dentro de cualquier área, es el almacenamiento, recuperación y mantenimiento de grandes volúmenes de información, utilizando entidades hardware/software conocidas como sistemas de información.

La información para mantener estos sistemas de información se suele almacenar en una base de datos. El análisis de la información que va a ingresar a una base de datos jurídicos, así como el estudio de los procesos automatizados de búsqueda y recuperación de esa información, es tradicionalmente el área de estudio de la Informática Jurídica Documental.

Este proceso de análisis de información jurídica, es un proceso dividido en dos grandes etapas: Una primera fase manual (no automatizada) que implicará la aplicación de las más avanzadas técnicas de documentación para la selección y el análisis

(condensación e indización) de los documentos jurídicos que ingresarán al sistema, y una segunda fase, que es la computarizada propiamente dicha, que incluirá operaciones tales como transcripción de datos, procesamiento, archivo e incluso la difusión de la información, a través de las modernas "redes de información".

La mayoría de los autores reconocen estos procesos de análisis, búsqueda y recuperación de información jurídica como el área de estudio de la Informática Jurídica Documental e incluso de la Informática Jurídica en general.

Sin embargo, la Informática Jurídica Documental también debe encargarse del estudio y de la aplicación de diversas metodologías para la construcción y mantenimiento de sistemas de información computarizados para el procesamiento y recuperación de información contenida en las bases de datos jurídicos. (ARIAS DE RINCON, M.:1996,21).

No es sólo preparar la información que va a ingresar a la base de datos, ni estructurar los procesos de búsqueda y recuperación de información jurídica, la Informática Jurídica Documental debe diseñar y construir los sistemas de información sobre los cuales opere la base de datos jurídicos. En este sentido, se le reconoce a la Informática Jurídica Documental una doble área de estudio.

Tercera consideración: el tratamiento de la información jurídica constituye la esencia de la informática jurídica documental.

El tratamiento documental comprende las operaciones más importantes de la Informática Jurídica Documental. El documento jurídico en bruto que entra a formar parte de la base de datos es analizado por el analista jurídico, que extrae su esencia y realiza

con él las operaciones de condensación e indicación. La CONDENSACION es el resumen del documento original que el analista elabora para facilitar su búsqueda y recuperación. Mediante la INDIZACION, operación que se repite en el momento de la búsqueda, el analista transforma y traduce el documento a un lenguaje documental distinto al lenguaje natural con el que entró. La mayor complejidad esta dada generalmente por la indicación y, puede decirse, que ésta determina la precisión en las búsquedas de la base de datos y, por ende, la calidad de la base de datos. El lenguaje de constituye un puente entre el que se emplea en el documento y el que empleará luego el usuario al formular la pregunta.

Resulta interesante mencionar que actualmente se están desarrollando investigaciones en la "condensación automática de documentos jurídicos", es decir, generación automática de resúmenes, en el marco de proyectos sobre inteligencia artificial, aún cuando en realidad ha habido muy poca investigación en generación automática de resúmenes en comparación con el inmenso trabajo realizado en la automática de documentos. La principal razón para que esto ocurra, es que los resúmenes generados por la computadora, a excepción de aquellos limitados a unos dominios muy estrechos, son básicamente extractos unidos de porciones significativas del texto, los cuales son generalmente inferiores en legibilidad y continuidad, comparado a los resúmenes generados manualmente.(GELBART.D. y J.C. SMITH: 1993,324).

Como última fase del tratamiento documental, encontramos la BUSQUEDA, que supone un proceso inverso al análisis. El usuario busca primero el documento que resulta de la indización y a través de él, el documento del cual el descriptor es expresión. Lee el resumen (que es una condensación del documento y una

ampliación de los descriptores) o el texto completo, según sea el caso. El proceso de análisis es, por tanto: Selección del documento - Resumen - El proceso de búsqueda es exactamente el inverso: Descriptor - Resumen.

La "recuperación documental" constituye un concepto fundamental dentro de la informática jurídica documental, es el complemento del "análisis (condensaciones)" y su razón de ser, puesto que se analiza un texto para poderlo encontrar luego con mayor facilidad y rapidez.

La recuperación documental permite seleccionar o extraer del total de documentos almacenados aquellos especificados por una consulta.

Cuarta consideración: bases de datos jurídicos.

Las bases de datos jurídicos son bases de datos documentales, que tienen por objetivo almacenar información, de naturaleza jurídica, contenida en documentos tales como textos legislativos, fallos de los tribunales u obras de tratadistas, almacenadas en archivos que puedan relacionarse recíprocamente, permitiendo una acertada y recíproca búsqueda y recuperación.

Actualmente, las bases de datos jurídicos pueden operar bajo el sistema de hipertexto. Eso es posible mediante la elaboración de "páginas" que se instalan y corren en un servidor de hipertexto, y la construcción de varios programas que se ejecuten igualmente en ese servidor y permitan a éste interrelacionarse con el programa de administración de bases de datos nativo del sistema. Una vez implementada esta facilidad, el usuario mediante el llenado de "formularios de requerimiento" podrá a través de los medios de consulta que ofrezca el sistema, consultar la información contenida en la base de datos.

Para concluir, debemos aceptar que la informática también ha entrado al mundo del Derecho, proporcionándole métodos para almacenar y ordenar sistemáticamente la información jurídica, con el objetivo de facilitar su búsqueda y recuperación por el investigador, docente o magistrado, facilitándole así la toma de decisiones.

BASES DE DATOS Y SU PROTECCIÓN LEGAL

Gladys Rodríguez
Universidad del Zulia

1. Introducción.

Forzoso es señalar que los grandes procesos tecnológicos, gestados casi siempre tras recorrer diversas etapas, con una trayectoria acelerada son el producto de los cambios que el propio proceso impone. Las innovaciones reiteradas que en determinado momento permiten concluir que el panorama es completamente distinto, ante la superación de los antiguos paradigmas, crea un estado de superación esencial y necesario en el proceso social, económico y político de los pueblos.

A medida que se avanza en lo tecnológico, y ello tiene alta repercusión en lo Sociedad y en el ámbito económico de la misma, se demuestra la necesidad de equilibrar tres aspectos de esta nueva era: lo tecnológico con lo socioeconómico y lo jurídico dentro de la empresa contemporánea en un marco hacia la globalización. Esto viene a ser parte de la necesidad de regular las relaciones entre los autores y editores como consecuencia, en sus inicios de la llegada de la imprenta y posteriormente, con el desarrollo y dinamismo del cine, de la radio, del fonógrafo, la televisión y las computadoras; dando paso a una nueva disciplina jurídica como lo es el Informática Jurídica y el Derecho Informático.

Actualmente, el binomio tecnología–competitividad, está permeando el sector productivo de las economías post–industrializadas, en los países intermedios y en los subdesarrollados. El amplio desarrollo tecnológico que se viene desplegando se ha visto hoy ampliado en la medida en que han aparecido nuevas categorías de obras o nuevas

formas de comunicación de las mismas. Esta nueva era está permitiendo la manipulación rápida y eficiente, así como el almacenamiento de crecientes volúmenes de información, información que adquiere cada día valor de mercancía. Consecuencia de los cambios escenificados, el Derecho, y en particular la Filosofía del Derecho, se hallan hoy en una instancia histórica en la que deben responder a los nuevos y complejos problemas que le plantean la amplitud y profundidad del avance tecnológico en general, y de la informática en particular; la cual, ha alcanzado un desarrollo industrial sin precedentes en los últimos años.

Por su parte, el almacenamiento, producción, distribución y uso de una copiosa documentación, exige hoy una emergente industria, que se denomina “Bancos de Datos”, como signo distintivo de esta evolución. Pudiendo surgir un servicio de banco de datos, como “conjunto organizado de bases de datos, accesibles en línea – directamente desde una computadora – como servicio comercial, para consulta de datos de la más diversa índole”. (Correa, C, 1987: 299). Siendo posible que hoy se conciba la idea de las llamadas “*super autopistas de la información*”, expresión usada para designar a los servicios de telecomunicaciones de los próximos años, basados en transmisiones digitales, con una alta velocidad y banda ancha, que permiten, además, la interacción entre quien suministra la información y quien la recibe, así como la interconexión directa de diversos usuarios (Antequera, R.1996: 4).

Por consiguiente, esas “*super autopistas*” necesitan de un complejo sistema “*interactivo*” de telecomunicaciones digitales (con la colocación de numerosos satélites geoestacionarios y grandes redes de fibra óptica), que permitan su acceso desde cualquier parte del mundo; de la existencia de operadores, intermediarios y usuarios de los servicios; de medios legales y técnicos que sirvan de marco a las negociaciones entre los titulares de derechos sobre el contenido de lo que se desplazará a través de la autovía y los responsables de las

transmisiones, así como de mecanismos de identificación y control del uso de esa programación, todo lo cual supone una “*infraestructura global de la información*”.

Es así como esta nueva industria -paradigmática para algunos de la “era de la información”- pone en movimiento diversos protagonistas: los productores de bases de datos: instituciones científicas, universitarias, profesionales o empresas que estructuran y actualizan datos concernientes a su área de actuación; los distribuidores: empresas que disponen de gran capacidad de cómputo orientada a la prestación de servicios de consulta; los operadores de redes de transmisión, sean telefónicos o redes especiales de transmisión de datos.

De esta manera, en la creación de bancos de datos, la información, que hasta ahora ha sido, en su mayor parte un bien “libre”, se hace accesible por un precio. La apropiación privada sustituye así la a la disponibilidad pública, y explica la elaboración de teorías jurídicas tendientes a fundamentar, como se ha visto, la propiedad de la información en sí. Porque todas estas modalidades o formas de desarrollo tecnológicos son medidas que han permitido a través de los años comunicar, difundir y transportar la obra que pese a estos adelantos tecnológicos sigue siendo la misma, cambiando sólo la forma de comunicación y no la obra en sí.

2. Bases de datos. Definición.

El manejo de la información a través de medios magnéticos hizo que surgiera un nuevo bien inmaterial conocido con el nombre de *bases de datos*, que no es más que la continuación, en forma electrónica, de los bancos de datos que se llevan manualmente.

En los inicios, existió una especie de divergencias de orden técnico en cuanto a lo que debe llamarse banco de datos y lo que se denomina bases de datos, siendo la diferencia hoy, simplemente la

diferencia que existe entre el género y la especie, donde el género son los Bancos de Datos y la especie son las Bases de Datos.

Anteriormente la distinción atendía a que el almacenamiento se realizase por cualquier medio no electrónico de hechos y datos (por ej. Ficheros), o se efectuase a través de soportes magnéticos accesibles por computadora. Sin embargo, la originalidad, presupuesto para su protección, no radica en la forma de recopilación de obras, hechos o datos, no depende de su almacenamiento informático, razón por la cual la tendencia actual es la de denominar *bases de datos* a:

Todas las compilaciones de información, independientemente de que existan o no en forma expresa, en unidades de almacenamiento en computador, o de cualquier otra forma... No obstante, cuando se trata de una base electrónica, ello implica una organización informática de datos y de información. (Antequera, R.1993: 180)

De esta manera, las bases de datos también suponen la preexistencia de un software (protegido como “obra originaria”), diseñado para almacenar, clasificar y seleccionar la información, y que goza de protección como tal, en el marco de Derecho de Autor.

En tal sentido, es de observar que el avance tecnológico ha hecho surgir, de un lado, soportes magnéticos con una capacidad de memoria suficiente, no sólo para almacenar hechos y datos, sino también un sinnúmero de obras completas; y del otro lado, las telecomunicaciones que permiten, hoy, el acceso directo a las centrales de información, desde simples receptores a distancia (por pantalla y / o por impresora), en comunicación “one line”.

Precisamente, los cambios tecnológicos también han estimulado una definición más amplia y abierta del concepto de bases de datos. Así, ***la Propuesta de Directiva del Consejo de la Comunidad Europea sobre la Protección Legal de las Bases de Datos de 1992*** establece

en su artículo primero: *“se entenderá por base de datos toda colección de obras o materiales ordenados, almacenados y accesibles mediante medios electrónicos, así como el material electrónico necesario para el funcionamiento de la misma, un diccionario, índice o sistema de interrogación o presentación de información; no quedarán comprendidos en la definición los programas de ordenador utilizados en la realización o funcionamiento de las bases de datos”* (Rengifo, E.1996: 238)

Otros autores denominan bases de datos a un conjunto de elementos de información, seleccionado de acuerdo con criterios determinados y estables, dispuestos en forma ordenada e introducidos en la memoria de un sistema informático a la que tenga acceso un cierto número de usuarios. (Lipszyc, D. 1993:114)

También se les señala como depósitos electrónicos de datos e información, que constituyen ficheros conexos o relacionados cuyo distintivo es poner a disposición de un público la documentación que contienen.

No obstante, por lo expuesto no caben dudas acerca de que los ordenadores han cambiado sustancialmente la importancia y el valor económico de las compilaciones o colecciones de datos al dar lugar a las bases de datos dotarlas de aptitud para tratar masas ilimitadas de información y transmitir las en forma casi instantánea a cualquier parte del mundo. Las posibilidades de almacenamiento en vídeo – discos – microchips, etc., se amplían cada vez más. Por lo que si bien, en un principio las bases de datos no fueron más allá de la informatización de grandes catálogos y ficheros bibliográficos o numéricos, en atención a un mercado sin duda extenso pero altamente específico - **la comunidad científica internacional**- la acelerada evolución tecnológica y la propia dinámica del desarrollo sectorial apunta ya nítidamente hacia la máxima ampliación del mercado. Y hoy, configuran una necesidad para el desarrollo de las empresas que se

desenvuelven en medio de fusiones, adquisiciones y operaciones de capital – riesgo quienes demandan la existencia de organizaciones dedicados a la producción, distribución y medición de información automatizada.

Las bases de datos pueden formarse con un sistema documentario propio. En estos casos se trata de obras que gozan de la plena protección del Derecho de Autor. Pero cuando la base no crea obras nueva, pues su fondo se constituye mediante los textos íntegros de documentos preexistentes, se plantea si corresponde reconocer derechos al propietario de aquélla, que se discutirá más adelante.

3. Técnicas de almacenamiento y transmisión.

Hasta ahora, la técnica “tradicional” de las bases de datos se basa en la información digitalizada en memoria magnética y el acceso a la misma desde terminales remotos mediante sistemas conversacionales de recuperación one line por pantalla o por impresora.

No obstante, es ya evidente que el circuito tradicional de transmisión del conocimiento, actualmente largo, complejo y costoso, va a verse sustancialmente alterado en un futuro próximo. Parecería que la cadena autor – editor – impresor – distribuidor – librero – bibliotecario – lector va a verse modificada al mínimo estrictamente necesario: autor – base de datos – lector. Lo que hace que observemos nuevos agentes interventores en la cadena ligados al mundo de las bases de datos, nueva modalidad de industria cultural, que, sin duda, está llamada a polarizar la futura explotación de varios tipos de creaciones intelectuales protegidas.

4. El nuevo escenario de la información.

Resulta de acuerdo a lo observado en el punto anterior, fundamental considerar la denominada “cadena de la producción/consumo de información” que se configura del modo siguiente:

4.1. Los creadores / productores de bases de datos, son instituciones privadas o públicas que, como consecuencia de su actividad han llegado a almacenar sistemáticamente volúmenes apreciables de determinada información y deciden hacer uso de la informática para simplificar sus tareas de manipulación y edición, para ofrecer a terceros la posibilidad de acceder a esta información a través de terminales remotos o para sustituir los procesos convencionales de edición impresa por las nuevas tecnologías de edición electrónica.

Los creadores, provenientes o no del sector editorial, pueden actuar como tales en nombre propio, desarrollando su propio logical para gestionar la base de datos y vendiéndola directamente como si de un repertorio impreso se tratase, acogerse a los auspicios de un distribuidor de bases de datos.

4.2. Los distribuidores / mayoristas de bases de datos: son empresas habitualmente privadas que, con el soporte de determinados equipos informáticos y lógicos de acceso, comercializan un cierto número de bases de datos, ya sean propias o creadas por otros. Por lo general, obtienen, mediante contratos licencias, exclusiva o no, la autorización de los productores para explotar su base de datos. De ahí que una misma base de datos pueda ser accesible a través de varios distribuidores con distintos lógicos de acceso. Por otra parte, algunos distribuidores comienzan a ofrecer la posibilidad de formular one – line peticiones de documentos originales y recibirlos por la misma vía.

4.3. Las redes de comunicaciones o “carriers”: ya sean específicas para la transmisión de datos (red telefónica conmutada). Gestionadas por empresas privadas en los Estados Unidos, o públicas como en Europa, transportan la información interconectando los centros de bases de datos ofrecidos por los

distribuidores, con la comunidad de usuarios, a escala nacional o internacional y a través de una simple llamada telefónica local.

4.4. Los usuarios de la información: son los destinatarios de la actividad descrita, que puede subdividirse asimismo en *directos* (investigador, profesional o usuario final) e *institucionales* que prestan servicios a terceros previa firma del correspondiente contrato de utilización con cada distribuidor. A esta modalidad pertenecen los centros de información y documentación de empresas públicas y privadas y, más recientemente, los mediadores de información o “information broker” que, especializados en temas muy concretos, reelaboran la información “a la medida” de sus clientes.

En el caso de las bases de datos del sector privado, las mismas son producidas por empresas comerciales procedentes de ámbitos distintos: *editoriales de libros, revistas o periódicos, organismos de investigación, entes financieros, consultoras de informáticas, empresas dedicadas a la prospección de mercados, sociedades de servicios, etc., etc.*, que, salvo en el caso de las editoriales, carecen de conocimiento y experiencia en cuanto a técnicas de producción y comercialización de información y, por supuesto, desconocen la compleja problemática del Derecho de Autor. Situación que justifica la preocupación creciente por proteger estos bienes producto de la creación del hombre.

5. Bases de datos. Obra protegible.

Tras esta visión panorámica de la compleja realidad de las bases de datos procede preguntarse en qué medida éstas pueden ser protegibles a través del derecho de Propiedad Intelectual conforme a la tradición latina y a las disposiciones de las Convenciones Internacionales.

Al respecto la Legislación Venezolana, en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Sobre Derecho de Autor afirma que ante el surgimiento de nuevas formas creativas y de

modernas tecnologías, se extiende la tutela a las bases de datos, todas las cuales si bien facilitan el acceso a las obras del ingenio y a otras producciones intelectuales, requieren de una legislación actualizada que en armonía con el derecho a la cultura y a la información garantice los titulares de derechos sobre esos bienes del intelecto, el derecho humano a beneficiarse de los intereses morales y patrimoniales

En este sentido, y vinculado a la tecnología digital – pero que ya se planteaba con los medios técnicos tradicionales, aunque con menor intensidad -, surgen algunas situaciones que se deben considerar en materia proteccionista, y así se tienen aspectos como:

- El del almacenamiento de resúmenes de textos en bases de datos, en el cual se desvirtúe el pensamiento de lo expresado originariamente por el autor, así como en las modificaciones digitales que se produzcan con obras musicales, donde no se trate de arreglos o transformaciones que se enmarquen dentro del derecho patrimonial de modificación, sino que resulten verdaderas aberraciones en desmedro de la obra o la reputación del creador.
- Asimismo, no ha faltado quien propugne – con una visión ligera de las cosas, a nuestro entender -, que el derecho moral del autor debería desaparecer con motivo de las nuevas tecnologías. Ante tal aseveración ha de ser considerando que quien formula esa afirmación no han examinado, por lo menos, el derecho moral del autor a la divulgación o al inédito, por el cual el creador tiene el derecho absoluto de resolver si su obra se da o no a conocer al público, pues sería francamente aventurado propugnar por la supresión de esa facultad, que incluso no estando consagrada expresamente en algunos textos nacionales sobre derecho de autor, siempre hallará abrigo en el marco de los derechos de la personalidad, formando parte del “derecho a la intimidad”.

Además, por lo que se refiere a los derechos de orden moral reconocidos en el artículo 6 bis del Convenio de Berna, no es posible

ver el por qué deba suprimirse el derecho a la paternidad de la obra, ya que no existe ningún obstáculo para que la tecnología digital o las transmisiones a través de las super autopistas deban omitir el nombre del autor o que, en respeto a la voluntad del propio creador, la obra se divulgue como anónima.

Por lo que resulta conveniente determinar el nivel de protección legal, haciendo algunas otras distinciones:

6. Protección legal de las bases de datos.

Desde el punto de vista del Derecho de Autor, la base de datos es considerada como una compilación y, por lo tanto, una obra protegible. La misma ley patria así lo consagra, como se vio en la Exposición de Motivos, y por su parte, la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece que “las bases de datos son protegidas siempre que la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual. La protección concedida no se hará extensiva a los datos o información compiladas, pero no afectará los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materiales que la conforman” (art. 28)

La base de datos, para que sea objeto de protección mediante la ley de Derecho de Autor, debe ser original, y la originalidad la otorga la destreza, el esfuerzo, la contribución del compilador en la selección, distribución y ordenación sistemática de la información. Y en atención a lo dicho, deben considerarse los siguientes aspectos:

6.1. Marco protector de las obras preexistentes que constituyen su objeto.

6.1.1. La protección de las obras preexistentes.

La propiedad intelectual de la compilación protege sólo a éstas y no a los “ítems” de que se componen, que pueden ser a su vez, obras protegidas, también denominadas obras preexistentes.

Procede dedicar cierta reflexión a determinar en que medida los documentos seleccionados para una base de datos son o no susceptibles de protección en sí mismos y en que casos sería necesario obtener la autorización previa de sus titulares o derecho habientes (editores).

6.1.2. Referencias bibliográficas versus textos completos:

Cuando se trata de simples *datos catalográficos* de identificación, el tema, en principio, no plantea dudas. Podría plantearse al menos algún problema por lo que respecta al título de la publicación, protegido en algunas legislaciones latinas cual es el caso de la francesa de 1957 pero tal duda se desvanece ya que, en realidad, el título es protegido “con objeto de individualizar una obra del mismo género en condiciones susceptibles de provocar una confusión”. Resulta difícil de imaginar que la obra pudiera ser identificada en un catálogo (automatizado o no) sin incluir la mención de su título y, por ello, la doctrina es unánime en admitir que la protección del derecho de autor no es obstáculo para que el título de una obra sea citado libremente en un catálogo bibliográfico. Por el contrario, no es factible jurídicamente constituir ninguna base de datos incorporando a ella textos completos ni fragmentados de obras protegidas sin la previa autorización de sus titulares

6.1.3. Las memorizaciones temporales:

Se entienden lícitas si tienen por finalidad el estudio o la investigación sintáctica, lingüística o semántica, pero, a nuestro juicio, constituiría un caso claro de violación de los derechos sobre la propia base de datos la formulación por un usuario o centro de documentación, una estrategia de búsqueda basada en preguntas muy amplias para grabar en la memoria del microordenador propio la respuesta obtenida del sistema, que será ajustada ulteriormente

ahorrando tiempo de conexión y utilización de la base de datos. Una acción de este tipo no es otra que una copia – reproducción – memorizada.

6.1.4. Los Resúmenes.

De acuerdo con el Convenio de Berna (artículo 12) se reconoce al autor titular el derecho a autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras. De ahí que la tradición jurídica latina considere que el nacimiento del derecho de Propiedad Intelectual de quienes “acumulan, extractan, compendian o reproducen obras originales respecto de sus trabajos” quede condicionado a que éstos se hayan realizado con el consentimiento de los autores de las obras extractadas compendiadas. Ello equivaldría, pues, a entender que si el resumen es una obra derivada, el productor de la base de datos habría de obtener, por una parte, la autorización de adaptación de la obra y por otra, el permiso del autor del resumen que, a su vez, goza de protección. Así pues, los derechos de explotación que precisaría el productor habría de adquirirlos tanto de los titulares de las obras originales como de los autores de los resúmenes.

La cuestión que analizamos se planteó con toda la crudeza en el pleito incoado en Francia por el periódico *Le Monde* contra *Microfor* sobre la base de la reproducción en ordenador, sin consentimiento previo del diario, de titulares de algunos de sus artículos acompañados de resúmenes. El Tribunal de París determinó en 1981 que *Microfor*, empresa creadora de base de datos, había causado perjuicio al derecho moral de *Le Monde* por la selección que había efectuado de sus artículos, la selección de los descriptores y el tenor de los resúmenes. Cabe imaginar la inquietud que, en su día, despertó tal sentencia en los ámbitos franceses. ¿Habría que esperar para responder a las necesidades de información del público a que cada editor se decidiese a producir su propia base de datos?. El resultado práctico para el usuario supondría tener que interrogar sucesivamente sistemas no compatibles convirtiendo el proceso de transformación en una nueva Torre de Babel compuesta por

lenguajes múltiples, hecho que se opone radicalmente a la filosofía misma de las bases de datos, que persiguen darle homogeneización al proceso de interrogante y consulta. Por otra parte, los resúmenes efectuados por las bases de datos, sólo persiguen señalar las cuestiones abordadas por el autor a fin de orientar al usuario sobre la posible pertinencia / no-pertinencia del documento a los efectos de la consulta formulada.

Por tanto, en línea con las Recomendaciones de la UNESCO – OMPI, antes citadas, queda reconocido el derecho a resumir si bien dentro de unos límites de interpretación referidos al carácter indicativo del resumen, tales como: a que éste no contenga partes sustanciales de la obra y a que su lectura no haga inútil la consulta de la obra original. Otro factor de delimitación del derecho a resumir se basa en la famosa teoría de las formas según la cual hay que distinguir entre las ideas, hechos o acontecimientos que en la obra se integran a su contenido y que, en cuanto a tales, no son protegibles. El objetivo de la Propiedad Intelectual viene constituido por el conjunto de la forma interna (combinación u organización individualizada de esos contenidos) y la forma externa (expresión formal determinada en palabras, imágenes, sonidos, etc.)

Cuando estas circunstancias se dan en el resumen documentario (simple noticia indicativa del contenido y no competitiva con la normal explotación de la obra) el resumen no puede tener carácter de obra derivada y, por tanto, no ha sido invadido el ámbito del derecho de adaptación del autor de la obra original preexistente. Este es casi siempre el caso de bases datos referenciales en las que el resumen cumple la función de acelerar la primera selección de los documentos recuperados que en principio interesan a la consulta. (Del Corral, M.1990: 120). Sin embargo, entre el resumen indicativo que la Ley permite y la inclusión del texto completo, protegido en todo caso y en consecuencia, siempre sujeto a autorización, hay en los resúmenes toda una gama de matices que los documentalistas conocen bien y que, en cada caso, habrá de ser

enfocados desde la correcta interpretación de las limitaciones a los derechos de reproducción y adaptación antes comentados.

6.1.5. Las Citas.

La cuestión puede parecer menos clara en caso de que los textos de las obras protegidas por el derecho de autor no se reproduzcan íntegramente sino en forma de citas. Las legislaciones admiten el derecho de cita como una limitación al derecho de autor. El Convenio de Berna establece en relación con las citas una limitación *iure conventionis*

“Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose la cita de artículos periodísticos y colecciones bajo la forma de revistas de prensa” (art. 10 .1) del Acta de París.

Si los textos no están protegidos por el Derecho de Autor pueden ser incluidos libremente en una base de datos (como ocurre en las disposiciones legales, sentencias de Tribunales, judiciales y administrativos, etc., según se vio).

Sin embargo, la formación de una base de datos requiere una inversión económica importante. Demanda la organización electrónica de datos e información, un sistema de manejo de bases de datos, un control que permita a los usuarios del sistema ingresar a él de acuerdo con sus derechos de acceso, la administración o manejo de los datos, el diseño de la base de datos y su estructura así como la selección y puesta en funcionamiento del programa de ordenador que permite operarlo.

Aún cuando el titular de la base de datos no deba pedir autorización ni pagar por ingresar los textos a la memoria de un ordenador, lo cierto es que el sistema requiere una inversión que merece ser

protegida contra los usos no autorizados. Sin embargo, el titular no adquirirá exclusividad alguna sobre la reproducción de los textos con que se forma el banco de datos. Cualquiera podrá utilizarlos para la formación de otra base de datos, pero sin aprovecharse de la inversión y esfuerzos ajenos.

6.1.6. Los Abstracts.

Es un recurso propio de la informática aplicada a los bancos de datos y consiste en una versión simplificada que implica eliminar toda la información inútil e innecesaria para conservar sólo lo sustancial y necesario de una obra o documento original. El abstract, es por excelencia, un documento original; pertenece a la categoría de escritos de carácter científico que da nacimiento a la propiedad literaria, cualquiera sea el modo o la forma de expresión.

Por requerir un esfuerzo intelectual manifestado en el poder de síntesis de su creador, se le ha considerado una obra digna de protección jurídica a través del derecho de autor.

6.1.7. Los Descriptores.

Los Descriptores o palabras claves son recursos lingüísticos indispensables en el manejo de la información, porque permiten facilitar su búsqueda en las bases de datos. Son términos extractados del documento para facilitar su recuperación en las bases de datos. Sin embargo, frente a estos instrumentos semánticos sí ha habido discusión en cuanto a que sean, en realidad, objeto de protección, precisamente por su carácter elemental. Es decir, la indexación de un texto con base a Descriptores no amerita protección, porque es difícil discernir originalidad en meras palabras. Si bien es cierto, y esta es la opinión dominante, que una sola palabra no puede ser mirado como un trabajo literario, en el caso de los descriptores la discusión debe ser planteada en otros términos, porque aquí no se protegería la expresión en sí misma considerada sino su selección y disposición, las cuales en muchas ocasiones denotan originalidad y esfuerzo. Asimismo, quien utiliza como descriptores términos

extraídos de un documento no necesita autorización del autor de éste para su uso. (Corte Constitucional Argentina)

6.1.8. Los Thesauros.

Se trata de una extracción de ideas exenta de obligatoriedad de autorización previa, constituye en sí misma una obra del espíritu de naturaleza protegible se halle o no informatizada, por lo que cabe interpretar que los Thesauros y obras similares que tienen por objeto facilitar la descripción del documento y su ulterior recuperación, tienen la consideración de obras protegidas y así se reconoce en las Recomendaciones UNESCO/OMPI tantas veces aludida.

6.2. - Limitaciones al marco protector.

Resulta válido precisar que se considera que la memorización o entrada (input) en el sistema informático, es una especie de reproducción a efectos sobre la normativa de propiedad intelectual según se establece en las Recomendaciones del Segundo Comité de Expertos Gubernamentales convocado en 1982, por la UNESCO y la OMPI. De la interpretación de las leyes nacionales y de las disposiciones del Convenio de Berna (artículo 9.1) y de la Convención Universal (artículo IV bis 1) el Grupo de trabajo derivó que “ se estimará que una obra ha sido reproducida cuando se fije de manera suficientemente estable como para permitir su comunicación a un individuo”. (Del Corral, M.1990: 118)

En este sentido, se ha considerado, que una forma efectiva de control previo al “input” o entrada es el único realmente posible para el autor del material protegido cuya utilización por parte de los usuarios de la base de datos escapa en realidad a todo control. Por lo que el establecimiento de mecanismos de protección sólo en el output o salida resultaría inviable además de inoperante.

No obstante, resulta interesante establecer bajo qué criterios se produce la protección en el output, para ello debe tenerse claro, que puede realizarse en **soporte impreso** (listados) o **por representación en pantalla**. En ambos supuestos conviene advertir

que la utilización no sólo afecta a los elementos que constituyen la base de datos, sino a ésta como conjunto organizado.

Por lo que se refiere a la representación en pantalla, las recomendaciones, para su protección, apuntan a la conveniencia de aplicar las disposiciones nacionales relativas a la comunicación directa al público. Aún cuando la representación en pantalla no se verifica necesariamente en un lugar público no cabe duda de la conexión por pantalla a la base de datos supone que su contenido pasa a ser simultáneamente accesible por una pluralidad de personas y es por ello asimilable al supuesto de la radiodifusión y, mejor aún, de la televisión por cable.

Sin embargo, hay diferencias, ya que en una transmisión típica el transmisor y el usuario no se hallan en una relación dual de uno a uno, sino que el transmisor transmite una misma información simultánea y unilateralmente a distintos usuarios, mientras que en el caso del servicio de “base de datos”, la situación es precisamente la inversa: el transmisor se entiende tan sólo con un usuario determinado a la vez. Tampoco se trata, en el caso de la base de datos, de una transmisión en sentido único, sino de una verdadera “conversación” entre el usuario y la base.

Cuestión delicada es la planteada por la **salida de impresora**, para la que, en los ámbitos documentarios, se defiende el carácter de “copia de usos privado”.

Por otra parte, en el caso output, la mayoría de los autores están de acuerdo en que es preciso remunerar el output en ambos supuestos (por pantalla y por impresora). Lo más viable es a través del propio distribuidor que seguramente cuenta con las posibilidades técnicas de contabilizar el número de documentos utilizados en pantalla o listados por la impresora si bien las remisiones en disquete o telecarga a microordenadores hacen que dicho control sea finalmente aleatorio. Aún cuando los problemas técnicos son

siempre posibles de resolver en informática, no hay que perder de vista los costos de contabilización que en ningún caso deben ser superiores a las remuneraciones eventualmente debidas.

La cuestión se complica aún más en la hipótesis, muy frecuente, de bases de datos compuestas a la vez por obras protegidas y material de dominio público que obligaría a introducir un parámetro móvil para la distinción entre ambos tipos de documentos. Además, tal modo de contabilización no se corresponde con la realidad del uso. En efecto, la estrategia de interrogación de este tipo de sistema se funda sobre la base de selecciones eliminatorias sucesivas por lo que buen número de documentos se visualizan simplemente para ser eliminados. Por otra parte, la estructura de las bases de datos no siempre permite interrogar por autores y hay problemas de homonimia, ortografía o confusión con otros términos del lenguaje natural.

Finalmente, y en vista de estos grandes márgenes de incertidumbre en cuanto al forma legal de protección de las bases de datos, es sin duda recomendable que la leyenda de Copyright aparezca en la pantalla o en la impresora de toda sesión en línea.

Se trata en este caso de una advertencia al público, sujeta, desde luego, a la posibilidad legal de que el público interesado discuta los méritos intrínsecos en relación con la ley sobre derecho de autor en caso de reclamos.

No obstante, los avances en la tecnología aupados por el dinamismo de los efectos de las denominadas “aldeas globales” como las denominara magistralmente Mac Luhjan, hacen dirigir la atención hacia una acorde legislación protectora de estos fenómenos derivados del uso de la informática; pues son múltiples las situaciones que en particular pueden escenificarse y ver comprometido la inversión y los derechos del autor, por lo que resulta evidente la necesidad de otorgar un tratamiento jurídico

adecuado aun cuando es sabido que el Derecho siempre esta en desventaja considerable con la Tecnología más en medio de un nuevo paradigma tecno – económico enmarcado en una reestructuración competitiva.

Conclusiones.

- Se demuestra la necesidad de equilibrar lo tecnológico con lo socioeconómico y lo jurídico dentro de la empresa contemporánea en un marco hacia la globalización, a través de la regulación de las relaciones entre los autores –distribuidores – usuarios.
- El almacenamiento, producción, distribución y uso de una copiosa documentación, exige hoy una emergente industria de bancos de datos como signo distintivo de esta evolución.
- En la creación de bancos de datos, la información, que hasta ahora ha sido, en su mayor parte un bien “libre”, se hace accesible por un precio.
- El manejo de la información a través de medios magnéticos hizo que surgiera un nuevo bien inmaterial conocido con el nombre de bases de datos, que no es más que la continuación, en forma electrónica, de los bancos de datos que se llevan manualmente.
- El circuito tradicional de transmisión del conocimiento, actualmente largo, complejo y costoso, va a verse sustancialmente alterado en un futuro próximo. La cadena autor – editor – impresor – distribuidor – librero – bibliotecario – lector va a verse modificada al mínimo estrictamente necesario: autor – base de datos – lector.
- La base de datos, para que sea objeto de protección mediante la ley de Derecho de Autor, debe ser original, y la originalidad la otorga la destreza, el esfuerzo, la contribución del compilador en la selección, distribución y ordenación sistemática de la información.

- El establecimiento de mecanismos de protección sólo en el output o salida resultaría inviable además de inoperante.
- Lo más viable es a través del propio distribuidor que seguramente cuenta con las posibilidades técnicas de contabilizar el número de documentos utilizados en pantalla o listados por la impresora. Aún cuando los problemas técnicos son siempre posibles de resolver en informática, no hay que perder de vista los costos de contabilización que en ningún caso deben ser superiores a las remuneraciones eventualmente debidas.

LISTA DE REFERENCIA

- 1.- CORREA, Carlos, Batto, Hilda y otros. *Derecho Informático*. Buenos Aires. Depalma. 1987 p 299.
2. - ANTEQUERA, Ricardo. “ **El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías**”. En: Seminario de la OMPI Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Mérida, 14 al 16 de noviembre de 1996 p 4.
3. - ANTEQUERA, Ricardo. **El nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela (y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparada)**. Caracas. Autoralex. 1993 p 180.
4. - RENGIFO, Ernesto. **Propiedad Intelectual. El moderno derecho de autor**. Universidad Externado de Colombia. 1era edición. 1996 p 238
5. -LIPSYC, Delia. **Derecho de Autor y Derechos Conexos**. Argentina. UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, S.A. 1993 p 114.
6. - DEL CORRAL, Milagros. “ Protección de los Bancos de Datos y de las obras preexistentes que constituyen su objeto”. En: La protección jurídica del software y de las bases de datos. Caracas. INVESOF/LATID/IIDA/ANATEL/UCLA. 1990 p 118.
7. - DEL CORRAL, Milagros. “ **Protección de los Bancos de Datos y de las obras preexistentes que constituyen su objeto**”. En: La protección jurídica del software y de las bases de datos. Caracas. INVESOF/LATID/IIDA/ANATEL/UCLA. 1990 p 120.

CONDICIONES PARA LA INSTAURACIÓN DE LA POLIARQUIA EN LA VENEZUELA POST- PEREZJIMENISTA

Míriam Rincón de Maldonado.
Universidad del Zulia

Introducción.

La crisis del perezjimenismo se presenta con toda su magnitud cuando se hacen evidentes las manifestaciones por parte de la dictadura de perpetuarse en el poder. Los partidos políticos en la clandestinidad (PCV-AD) luchan unidos y de forma coordinada, mientras en el ejército se produce el distanciamiento entre el dictador y la institución armada. Todo ello desencadena un movimiento cívico-militar que aglutina todas las fuerzas políticas con la sociedad civil, y junto con el apoyo militar, derrocan la dictadura el 23 de Enero de 1958, iniciándose en el país la instauración de un régimen democrático representativo. Ahora bien, ¿estaban dadas las condiciones para la instauración de una poliarquía en Venezuela, para estimar si la misma sería duradera o transitoria?. La Teoría Pluralista de la Democracia analiza el funcionamiento de la Democracia moderna con un alto contenido empírico, razón por lo cual ésta constituye una corriente principal en Ciencia Política. Pero en aplicación de la referida Teoría, nos interesa para este trabajo las condiciones que favorecen el desarrollo, consolidación y estabilidad de la poliarquía en un país, para posteriormente aplicarlas al caso venezolano. En consecuencia, la probabilidad de que se instale una Poliarquía dependerá de la intensidad con la que se den ciertas condiciones, y serán éstas a las cuales se hará referencia, para analizar la consolidación de la Democracia Venezolana.

1. De la dictadura al proceso democrático.

El derrocamiento de Pérez Jiménez fue el producto de un movimiento cívico-militar en contra del excesivo dominio político policial del régimen, por el cual se ven obligados a reflexionar todos

los factores de poder de la sociedad, dándose el cambio político como un proceso donde sectores heterogéneos dinamizan la fuerza social y pujan por imponer intereses específicos (**Avendaño J. 1982:278**).

Se inicia así a partir del 23 de Enero, la implementación del proyecto político de la Democracia Representativa; y en principio se le impone al poder político el control sobre las Fuerzas Armadas, ya que la tendencia utilitarista aún se logra manifestar tratando de no ser desplazada, produciéndose dentro del seno de la institución castrense dos orientaciones ideológicas: una que propugna el respaldo hacia la Democracia Representativa; y la otra, afianzada a su creencia, de que no puede entregarse el poder a los civiles, sino que el destino de la República debe reservarse a las armas en franca manifestación de la preponderancia utilitarista.

Otro de los factores tiene que ver con los Partidos Políticos, los cuales deben equilibrar su pugnacidad inter-partidista por el control del poder político, lo cual se logra con la firma del Pacto de Punto Fijo, previa exclusión concertada del Partido Comunista de Venezuela (P.C.V.), teniendo esto como consecuencia, graves trastornos al sistema político democrático en lo que se refiere a su estabilidad, a raíz de la insurgencia de la guerrilla con su proyecto político revolucionario. El Pacto de Punto Fijo viene a ser un regulador de la oposición dentro del sistema, impartiendo como dogma la tolerancia política entre los partidos, siendo primordial su postulado en cuanto al respeto de los resultados electorales a la hora de elegir los cargos públicos, aunado al apoyo hacia el partido de gobierno por la oposición.

Venezuela venía desde la dictadura Pérezjimenista con un proyecto de modernización con la política del "concreto", mediante la cual se realizaron obras públicas suntuarias, pero que sin duda, las mismas fueron un factor de impulso para el desarrollo del País. Esto esta orientado por un proceso capitalista de modernización, el cual fue continuado por Rómulo Betancourt -quien ya lo había iniciado en

1945- para lograr la transformación de la sociedad venezolana la cual vivía en un marcado estancamiento hasta la década del 40, ya que a partir de 1945, comienza la implementación del capitalismo auspiciado por el Estado y bajo el amparo de los ingresos petroleros (**Suzzarini, M. 1981:137**), constituyendo los mismos una fuente de ingresos económicos a cuya existencia debemos principalmente la estabilidad de nuestra Democracia.

Con la promulgación de la Constitución de 1961, se viene a estructurar el ordenamiento político-jurídico del Estado Venezolano, brindando amplias libertades políticas a los Ciudadanos, quienes tenían más de diez años soportando un régimen autoritario, despótico y represivo. Se consagra el régimen democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos (**Constitución Nacional: Preámbulo**), indicándose que el Gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, responsable y alternativo. Se establecen plenos derechos para la asociación política, siendo la base para el sistema de partidos, que ayudan a establecer un clima propicio para el debate de las decisiones gubernamentales; se reafirma el Derecho al sufragio universal, directo y secreto; se otorgan plenas libertades individuales, como la libertad de expresión, Derecho a la información; así mismo, se sientan las bases constitucionales del sistema electoral, como único medio para alcanzar el poder político en el país.

La Democracia Representativa Venezolana siempre tuvo el respaldo de la potencia norteamericana -y aún lo sigue teniendo- con lo cual también se garantiza de cierta manera la estabilidad del sistema democrático, en razón de los intereses capitalistas hegemónicos instaurados, que hoy en día se incrementan con la política petrolera instaurada por el gobierno nacional.

Estos factores mencionados, serán analizados con la Teoría Pluralista de la Democracia, específicamente, con el aspecto

considerado por dicha teoría, al referirse a las condiciones que deben imperar para instaurar una poliarquía. Por ello debemos referirnos en un principio a ciertas consideraciones básicas sobre la Teoría que aplicaremos para explicar el fenómeno político de la consolidación de la poliarquía en Venezuela.

2. La Poliarquía y su relación con la Democracia.

"La Poliarquía es un régimen político que se distingue, en el plano más general, por dos amplias características: la ciudadanía es extendida a una proporción comparativamente alta de adultos, y entre los derechos de la ciudadanía se incluye el de oponerse a los altos funcionarios del gobierno y hacerlos abandonar sus cargos mediante el voto". (Dahl, R.1991: 2GG).

La Poliarquía como orden político, se distingue de otros regímenes, en que la oposición no está destinada a ser detentada por un pequeño grupo de la sociedad; además que la facultad de destituir a los funcionarios del gobierno mediante el voto, se encuentra garantizada como un ejercicio efectivo. De allí que la Poliarquía requiera de la presencia de ciertas Instituciones para clasificarla como tal y las cuales son:

1) Funcionarios electos para el ejercicio de cargos públicos; 2)El sistema electoral debe garantizar sufragios libres e imparciales; 3)Voto universal, extendido a todos los ciudadanos; 4)El derecho a ocupar cargos públicos; 5)Libertad de expresión; 6)Variedad de fuentes de información; y 7) Autonomía asociativa. Todas estas condiciones deben estar presentes para considerar un gobierno como poliárquico, debiendo destacar que ellas no deben estar presentes en el puro sentido nominal, sino que por el contrario, estas condiciones deben tener efectividad y vigencia como derechos institucionalizados para procurar procesos democráticos efectivos.

La Poliarquía como orden político guarda relación con la Democracia, ya que ésta última, **debe contener las instituciones de la poliarquía para el desarrollo de la Democracia a gran escala dentro del Estado Moderno.** Por lo tanto las instituciones de la

poliarquía conllevan la posibilidad de hacer la Democracia más plena en el gobierno de un determinado país.

Las condiciones antes descritas de las cuales goza la poliarquía, se reflejan en los requisitos necesarios para el establecimiento de un proceso democrático, los cuales se traducen en los siguientes criterios: 1) La igualdad del voto; 2) Participación efectiva de la ciudadanía en la gestión del Gobierno; 3) La comprensión esclarecida; 4) Control de los programas de acción pública; y 5) Inclusión.

Por lo tanto observamos que la Poliarquía es un pre-requisito para una aproximación al fin democrático (**Dahl - Lindblom. 1972:293**), constituyendo ésta una etapa hasta ahora insuperable hacia una superior Democracia, ya que la poliarquía suministra una amplia gama de derechos y libertades humanas que ninguna otra alternativa presente en el mundo real puede ofrecer (**Dahl, R.1991:2G9**).

3. Las condiciones para la instauración de la Poliarquía.

La Poliarquía requiere de ciertas condiciones para su instauración, siendo lo cierto que si en un determinado momento, existen en un país condiciones para su procedencia, estas pueden debilitarse y provocar su fracaso.

Dahl (1991), expone cuáles son esas condiciones favorables para un régimen poliarquico, destacando sus pautas de desarrollo más relevantes así: 1)En principio se parte del supuesto general de que en un Régimen No Poliarquico (RNP), surgen condiciones favorables para la transición hacia la Poliarquía; 2)Cuando se dan condiciones exiguas en el RNP, es improbable que ésta llegue a materializarse; 3)Otro supuesto del cual se derivan tres consecuencias es cuando en el RNP se presentan circunstancias heterogéneas o temporalmente favorables, con lo cual si en tales circunstancias surge una poliarquía es probable que se presenten estas situaciones: a) La poliarquía sufre un colapso en un período

menor de 20 años, y sobreviene un RNP; b) Ahora, puede presentarse que cuando sobreviene el régimen no poliarquico, éste sufra una crisis, y se presenta una redemocratización, resurgiendo nuevamente la Poliarquía, y c) Por último que en virtud de que la poliarquía alcanzada no llega consolidarse, se da una oscilación entre Régimen No Poliarquico (RNP) y Poliarquía.

Es muy importante para nuestro análisis, el establecimiento de las condiciones favorables que hacen posible el desarrollo, consolidación y estabilidad de la poliarquía, el cual aplicaremos a la instauración y evolución democrática venezolana.

4. Los elementos favorables para el establecimiento de la Poliarquía en Venezuela.

Dahl (1991), parte del supuesto de que existen condiciones que propenden a la instauración de una poliarquía, señalando que si todas estas condiciones se dan, el régimen poliarquico es casi seguro.

a) El primer elemento es la **concentración y control de la coacción violenta**, ya que todos los gobiernos incluso los democráticos utilizan la coacción para imponer sus leyes y políticas. Las organizaciones militares y policiales con frecuencia han participado en la vida política de un país, y aún a veces por estar dirigidas por civiles fueron utilizadas con el fin de instalar un régimen no democrático. En tal sentido es necesario para que un Estado pueda ser gobernado democráticamente que operen dos supuestos indispensables: 1) Que las organizaciones militares y policiales se sometan al control civil; y aún esto no es suficiente, por lo cual debe darse el segundo supuesto. 2) Que los civiles que controlan a los militares y a la policía deben ellos mismos someterse al proceso democrático.

El control civil sobre las fuerzas militares y policiales está supeditado a dos factores que permiten establecer dicho control: El primero, en cuanto a la organización y técnicas militares que se dan

en una determinada etapa histórica, que favorecen la conformación de gobiernos populares; y en segundo término, todos aquellos medios que utilizan los políticos para asegurar el control civil.

El primer supuesto es considerado como un requisito histórico, ya que las posibilidades de existencia de gobiernos populares dependen en parte de las características que se dan en un momento dado, en la organización y tecnología del aparato militar. Antiguamente, los ejércitos eran conformados por un amplio conglomerado de ciudadanos, es decir las armas del estado eran detentadas por el ciudadano común, situación que favorecía a los gobiernos populares. Con la modernización y auge tecnológico, los armamentos son cada vez más sofisticados lo cual imposibilita la concepción de un ejército conformado por todos los ciudadanos, sino que por el contrario, el poderío militar es controlado por un pequeño grupo de hombres, capaz de imponer su hegemonía por la fuerza en cualquier sociedad. Es en este supuesto donde se presenta la interrogante de cómo domar esa fuerza militar para supeditarla a los fines del Estado Democrático.

El aspecto relevante, para nuestro análisis, está en el segundo supuesto, al cual los países democráticos acuden con frecuencia y está representado por medios aislados o conjuntos, para de esta manera asegurar que la institución militar y las fuerzas policiales no propendan a la destrucción del orden democrático. Estos medios propuestos por Dahl (1991) de cómo domar la coacción violenta, los podemos resumir así:

- 1) La potencialidad coactiva de las fuerzas militares y policiales son reducidas al mínimo, es decir, éstas llegan a ser suprimidas por el Estado.
- 2) Se implementa la distribución del control de las fuerzas militares y policiales en múltiples gobiernos locales.

3) La composición del personal de las fuerzas armadas debe estar orientada hacia la tendencia civilista y democrática que manifiesta la población en general. Este supuesto se dio en Venezuela el 23 de Enero de 1958, ya que el Presidente de la Junta cívico-militar era Wolfgang Larrazábal, quien representaba la corriente democrática dentro del ejército, tanto así que postuló su candidatura presidencial para las elecciones. La población venezolana desde el mismo momento del derrocamiento de Pérez Jiménez, protestó enérgicamente la presencia de una Junta eminentemente Militar conformada el mismo 23 de Enero del 58, con lo cual se expulsaron a dos miembros militares de la misma vinculados a la Dictadura, incorporándose dos civiles, a petición de la Junta Patriótica. De ahí se fue abonando el terreno para que la Institución Castrense se acoplara al nuevo régimen, lo cual se fortalece con el "Pacto de Punto Fijo".

4) Por último, el adoctrinamiento de los militares profesionales, en particular de los oficiales, puede contribuir a que los líderes electos mantengan el control. Ahora bien, dicho adoctrinamiento no garantiza el control civil, según Dahl (1991: 299), pero el mismo tiende a crear conciencia en los militares de la lealtad y obediencia que le deben al régimen. Sin embargo, la profesionalización militar puede en un momento repercutir en amenazas para el régimen democrático, haciéndole perder a los civiles el control de las mismas. El golpe de Estado de 1948 mediante el cual se derroca al presidente constitucional Rómulo Gallegos, fue producto del adoctrinamiento recibido por los militares venezolanos formados en el exterior, que asemejando a las logias militaristas latinoamericanas se lanzan al control del aparato político en virtud de las circunstancias políticas imperantes en aquella época (**Avendaño, J.1982: 157**).

No obstante, el rechazo de los militares al control civil puede sobrevenir cuando aquéllos no acepten a los líderes electos democráticamente, en razón de que éstos puedan poner en peligro la estabilidad de sistema democrático a lo cual constitucionalmente

están obligados a preservar como institución militar. Pues bien, en un principio los sectores derechistas del ejército vieron con reservas la debilidad de la lucha anticomunista por el gobierno Betancourista, circunstancia que obligó al régimen a acentuar su política de exclusión del P.C.V., con el propósito de calmar la ideología anticomunista del ejército y de los Estados Unidos, provocado en gran medida con ocasión de los acontecimientos de la Revolución Cubana. Por otra parte, y como un presupuesto contemporáneo de nuestra historia, el intento de Golpe de Estado del 4 de Febrero en Venezuela, fue motivado por la no aceptación de un grupo de militares a las políticas adoptadas por el Presidente Constitucional de aquel entonces, Carlos Andrés Pérez. El movimiento Bolivariano liderizado por Hugo Chávez Frías -por cierto teniendo éste nivel profesional militar- proclamaba el desconocimiento del orden constitucional por parte del Presidente Accióndemocratista, y por cuanto el ejército estaba llamado por la Constitución a defender la misma, irrumpieron de manera violenta para la conquista del poder, y reorganizar la Democracia.

Cabe destacar que el control civil de los militares es una condición necesaria para la Poliarquía y en el caso venezolano se buscó afanosamente en el período de la instauración de la Democracia, ya que el papel de las Fuerzas Armadas debía ser redefinido, en virtud de sus páginas históricas anteriores, y es por ello que se lleva a la Constitución de 1961 la calificación de que las mismas son un órgano apolítico y no deliberante (**Art.-132.Const.Nac.**), además de la incompatibilidad del ejercicio simultáneo del cargo civil con uno militar activo, exceptuando el cargo del Presidente de la República, por ser éste Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. El derecho al voto, no está consagrado para el personal Militar activo, circunstancia que no se compagina en el Derecho Electoral Comparado, ya que la circunstancia de que una institución sea apolítica, no significa que sus miembros puedan mantener una neutralidad ideológica, ya que ellos como cualquier ciudadano tienen preferencias políticas, y con el otorgamiento de su derecho al

voto seguramente que sería un vehículo para la canalización de sus inquietudes (**MolinaJ.1991: 18**). No obstante, el Pacto de Punto Fijo refuerza la orientación democrática que deberán seguir los militares ante el clima de entendimiento político del país.

Pero la condición del control civil sobre el militar no es suficiente, ya que algunos regímenes no democráticos conservan un control civil sobre los militares y las fuerzas policiales, y se apoyan en éstos para mantenerse en el poder (**Dahl, R.1991: 300**).

b) Otra condición indispensable para la instauración de la Poliarquía, es que la misma esta vinculada a un tipo de sociedad que se caracteriza por una serie de elementos interrelacionados como lo son: altos niveles de ingreso per capita; crecimiento constante de esos niveles de ingreso; bajo índice de población rural; diversidad de fuentes de trabajo; alto grado de alfabetización; acceso de las grandes mayorías a las instituciones de educación superior; sólido sistema económico de producción, orientado hacia el mercado nacional e internacional; y altos niveles de bienestar social y económico. Este tipo de sociedad es calificado por Dahl (1991), como una sociedad materna, dinámica y pluralista debido a las condiciones que en ella imperan. Es así como este tipo de sociedades propenden a la poliarquía ya que la distribución del poder dentro de ella va dirigido a un amplio sector de la sociedad, evitando que el mismo se aglutine en un centro único; y promueve un ánimo favorable de la ciudadanía hacia la convivencia democrática.

Pero la existencia de una sociedad moderna, dinámica y pluralista no es suficiente para que exista una poliarquía, propende a la misma, pero no es necesaria, ni suficiente. Venezuela, para 1958, estaba lejos de ser un tipo de sociedad moderna, dinámica y pluralista, pero sin duda en el transcurso de la Democracia y gracias a los ingresos petroleros la sociedad venezolana avanza con sus proyectos de modernización social. Es innegable que algunos de los rasgos característicos de la sociedad descrita por Dahl ya los encontramos en Venezuela, y llama poderosamente la atención el factor

educativo, en donde el acceso de las grandes mayorías de jóvenes a la Educación Superior es síntoma de una sociedad progresista y preparada para los retos democráticos. Sin duda la conquista democrática de una Universidad Democrática, Autónoma y Popular es un logro de la sociedad que no puede ser suprimida bajo ninguna perspectiva.

c) La homogeneidad cultural resulta igualmente necesaria para la instauración de un régimen poliarquico. Esta homogeneidad tiene como característica la de disponer en el orden social de un clima propicio para el entendimiento político.

Cuando esta circunstancia no se da, surge el pluralismo subcultural en la sociedad y en el cual se evidencian conflictos internos en la población de un país, los cuales se forman a partir de diferencias étnicas religiosas, raciales, lingüísticas o regionales. Pero el factor subcultural también puede surgir por motivos políticos, teniendo como eje el nexo de los partidos políticos con las ideologías.

En consecuencia, un país en donde exista un pluralismo subcultural enfrentado internamente puede arrasarse con una poliarquía a través de una guerra civil y ser desplazada por un Régimen No Poliarquico. Así tenemos cómo en Venezuela en el período 1945~1948 se produce un enfrentamiento subcultural que mina las bases de un gobierno democrático. De hecho el clima político nacional para esa época se presentaba muy hostil, debido a la pugnacidad política mantenida desde la oposición con los partidos URO, COPEI y PCV, en contra del sectarismo del gobierno adeco, quien éste último a su vez desafiaba a sus adversarios, con lo cual "*el enfrentamiento político va allanando el camino al factor militar porque abona en la mente del venezolano común la idea de la dictadura como medio para conquistar la paz política*" (Avendaño J. 1982: 161).

Es por ello que se concluye que en un país donde los conflictos son permanentes, violentos y no transables, es improbable que pueda instaurarse una poliarquía (**Dahl, R.1991: 306**).

d) La Democracia Consociativa.

El pluralismo subcultural es el factor opuesto a la homogeneidad cultural. En un país donde exista homogeneidad cultural en su población, dicha circunstancia es favorable para la poliarquía, pero no necesariamente, ya que en un país donde exista un amplio grado de pluralismo subcultural puede perfectamente funcionar la poliarquía si se adopta como solución a la "**Democracia Consociativa**". Los líderes políticos establecen acuerdos consociativos para la resolución de los conflictos, imponiendo el consenso necesario para la toma de decisiones políticas, evitando la conflictividad política y social.

La Democracia consociativa tiene sus características establecidas por **Lijphart** citado por **Dahl** (1991), y las cuales son: 1) El acuerdo consociativo debe ser tomado por una gran coalición de los dirigentes políticos de todos los sectores significativos de la sociedad plural; 2) Se implementa el poder de veto mutuo, en razón de que las decisiones que afectan intereses vitales de una subcultura no podrán adoptarse sin el consentimiento de sus dirigentes; 3) La representación en el gabinete debe contener la de todas las subculturas en forma proporcional a la cantidad de sus miembros; 4) Cada subcultura debe tener suficiente autonomía para tratar los asuntos que le competen en forma exclusiva, dejando a salvo las decisiones que afecten el interés general.

Dadas estas características conviene establecer que en Venezuela, en 1958, se establece una Democracia Consociativa, mediante un acuerdo firmado por los partidos políticos -con la exclusión de Partido Comunista de Venezuela- y todos los demás sectores de la sociedad civil, el cual conllevaba en cierta medida la intención de frenar las intenciones militarista nuevamente, partiendo del principio del ejercicio alternativo del poder político; comprometiéndose los

signatarios del pacto al ejercicio democrático del poder, erradicando la violencia partidista. Pero la exclusión del PCV sin duda que restó plenitud a la coalición consociativa formada, es por ello que se considera que no fue un consociacionismo amplio como el que se dio en otros países (**Dahl, R.1991: 309**). Pero ciertamente las bases del Pacto de Punto Fijo reflejaban la intención de los líderes políticos de establecer una Democracia Representativa y Duradera, tomando como aprendizaje su propia experiencia política en los sucesos de 1948 ante el derrocamiento de Gallegos.

d) La Cultura política democrática también es considerada como una condición para el establecimiento de la poliarquía. Venezuela estaba ganada en el plano colectivo hacia la instauración de un régimen poliarquico, ya que sus líderes políticos habían adquirido la experiencia suficiente y la madurez política para llevar a cabo el proyecto de la Democracia Representativa. Esto hace surgir la legitimidad del sistema poliarquico, ya que los ciudadanos confían en el mismo produciendo que éste subsista. En Venezuela, en la actualidad, el ciudadano común manifiesta apoyo al sistema democrático, pero critica algunas imperfecciones del mismo.

e) Otra condición está representada por la no intervención de una Potencia hostil a la poliarquía, ya que aún cuando las condiciones antes mencionadas prevalecieran, pudiera darse la circunstancia de que una potencia extranjera interviniera para impedirlo. La historia relata que en el derrocamiento de Gallegos actuaron factores externos, como el Agregado Militar de la Embajada Norteamericana en Caracas (**Avendaño, J.1982: 137**). Por lo tanto, en principio, se puede sostener que el régimen democrático fue obstaculizado por una potencia extranjera, si bien hay que reconocer que en esa época (1948) las condiciones para la poliarquía no estaban dadas. El apoyo a la Democracia otorgado por Estados Unidos como Potencia Imperialista, con posterioridad al 23 de Enero de 1958, tuvo mucha relevancia en Venezuela. Sin duda que a su vez esto era un interés

geopolítico con motivo de la política internacional hacia la lucha anticomunista.

El verdadero enemigo extranjero era la República Dominicana con su Dictador Rafael Leonidas Trujillo, quien estuvo implicado en el atentado al Presidente Betancourt, en los Próceres, cuya operación consistía en la toma del poder por los militares derechistas venezolanos, una vez consumada la muerte del Presidente.

Pero este apoyo a la Democracia Venezolana por parte de los Estados Unidos tiene en la actualidad sus efectos en la estabilidad del sistema, basta recordar que a raíz del intento de golpe del 4 de Febrero, y las intentonas subsiguientes (27 de Noviembre), ante la ola de rumores de nuevos golpes, el Departamento de Estado de los Estados Unidos señaló en Washington, que en caso de producirse el rompimiento del hilo constitucional venezolano, inmediatamente se desplegarían sanciones económicas a Venezuela, sin descartar la medida militar de un bloqueo económico. Estas manifestaciones internacionales de apoyo, sin duda que son un contenedor para cualquier aventura militarista en Venezuela, e incluso en Latinoamérica.

Siguiendo el análisis, debe tomarse en consideración que la tendencia de un país dominante con un régimen poliárquico, su gobierno pudiera contribuir al desarrollo de instituciones locales favorables a la poliarquía, pero ello no puede ser considerado en forma absoluta, ya que *"el hecho de que el país dominante sea en sí mismo una poliarquía no garantiza que promoverá la poliarquía en el país dominado"* (Dahl, R.1991: 316).

Con este planteamiento el mismo autor norteamericano citado, crítica la política internacional de su país por motivos estratégicos, económicos o geopolíticos, resaltando que la intervención militar de Estados Unidos en América Central desde 1898 debilitó los movimientos independentistas y la formación de gobiernos populares, imponiendo por el contrario dictaduras militares.

Ante todas estas consideraciones podemos hacer una última reflexión, sobre la condición de que no exista una potencia hostil hacia la poliarquía. En la actualidad, Venezuela se encuentra en una política de apertura hacia los capitales internacionales para la explotación petrolera. Tómese en consideración que, en la última subasta petrolera de Convenios Operativos, las grandes transnacionales pagaron en la subasta la cantidad de Dos Millardos de Dólares. Si bien por una parte esos ingresos económicos fortalecen el desarrollo de la sociedad venezolana, ¿qué sucedería si se presentase en el país un grave problema de inestabilidad política?. Se daría el supuesto expuesto por **Dahl**, que ciertamente no existen garantías para el mantenimiento de la poliarquía venezolana, por razones económicas o geopolíticas, visto el peligro que corren las altas inversiones norteamericanas en el país. Dejamos la respuesta a los investigadores en Ciencia Política.

En resumen podemos señalar que un país podrá instaurar, desarrollar y mantener una poliarquía si se presentan las siguientes condiciones:

- Los medios de coacción violenta como el ejército y la policía están difundidos o neutralizados;
- La sociedad debe ser moderna, dinámica y pluralista, pero este requisito no es indispensable, ni suficiente;
- Culturalmente homogéneo, y en los casos de ser heterogéneo las subculturas no deben estar muy fragmentadas o muy diferenciadas, y si ello llegara a ser así, la solución está en manos de los líderes políticos, quienes deberán establecer acuerdos consociativos para controlar los conflictos subculturales;

- La conciencia política de los líderes y sus activistas organizados en partidos políticos deben tener creencias a favor de las instituciones de la poliarquía, por lo cual nace así la legitimidad del sistema poliarquico adoptado, esta circunstancia tiene un valor de ser una pre-condición para la instauración de la poliarquía (**Dahl, R ~ Lindblom, C.1972: 310**);
- Por último, el Estado que desee instaurar una Poliarquía no debe ser interferido en su autodeterminación por los propósitos o motivos -económicos, estratégicos o geopolíticos- venidos de una potencia extranjera para frenar dicha iniciativa.

Conclusiones.

La instauración de la poliarquía venezolana, contó con las condiciones favorables para su establecimiento de conformidad con la Teoría Pluralista de la Democracia. No obstante ello, la transición no fue del todo fácil, en razón de que en el período que va de 1958 hasta 1964, el país vive grandes momentos de conflictividad social, surgen y se manifiestan tendencias militaristas en los primeros años, además de los intentos de Golpe de Estado de corte progresista como el Carupanazo y el Portañazo. El sistema soporta todo tipo de embates, incluso un intento de magnicidio.

El control democrático de los medios de coacción no fue tarea sencilla, pero lo cierto es que el mismo se logra en razón de la amplia tendencia democrática de la mayoría de los hombres de uniforme, aunado al acuerdo político denominado por la Teoría como "Democracia Consociativa" para sentar el clima de entendimiento, producto del ideal "unitarista" que abrazaba al país. Venezuela para 1958 no era una sociedad, moderna, dinámica y pluralista, pero con los años posteriores a la Democracia el país ciertamente se orienta a este tipo de sociedad, pero tiene que sobrellevar los vaivenes de su golpeada economía dependiente de los ingresos petroleros. El pluralismo subcultural fue contenido a medias por el Pacto de Punto Fijo, que con la exclusión del Partido Comunista de Venezuela, y la influencia ideológica de la Teoría

Marxista en algunos dirigentes, produce debilitamientos incluso en el partido de gobierno con las divisiones internas del mismo. De ahí surgen el MIR, Movimiento de Izquierda Revolucionario, que se lanza a la lucha guerrillera. A raíz del Gobierno de Rafael Caldera 1969 - 1974 es que se logra pacificar al país, reinsertándose al plano político al PCV y al MIR, quienes habían sido ilegalizados en el Gobierno de Betancourt. Se amplían los partidos políticos, pero ya existía un control del sistema por AD - COPEI.

La cultural política de los dirigentes para el establecimiento de la poliarquía, fue producto de una larga evolución doctrinaria de índole política, en donde las experiencias acumuladas en el trienio adeco, hicieron ver a los dirigentes y líderes políticos, que era necesario el consenso político, en base al debate y tolerancia mutua, para retomar la orientación democrática en Venezuela. Aquí podemos decir que la pre-condición de ello se da diez años antes de la instauración de la Poliarquía en el 58.

El criterio sostenido por **Dahl**, como una de las condiciones favorables a la poliarquía, de que es necesaria la no presencia de una potencia hostil a la misma, es de suma importancia, ya que la Teoría Pluralista parte del estudio de la misma, haciendo el análisis de la política intervencionista Norteamericana en América Central. Pero en el caso venezolano estimamos, que la no intervención de la potencia imperialista, sino que por el contrario, el apoyo a la Democracia en el país se debió fundamentalmente al compromiso de Betancourt de luchar duramente contra el comunismo, ya que no se puede olvidar que el período de Pérez Jiménez fue apoyado por el Departamento de Estado Norteamericano, con lo cual una intervención política o militar procurando la protección de los intereses de la potencia imperialista establecidos en el país para el año 1958, fueron contenidas con el compromiso asumido por todos los partidos políticos signatarios del Pacto de Punto Fijo, de enfrentar la ideología marxista.

El estudio de la Teoría Pluralista, especialmente el análisis de la misma acerca de las condiciones favorables para la instauración de la poliarquía nos permite sostener que la Democracia Venezolana, si bien goza de las instituciones de aquélla, es lo cierto, según lo afirmado por **Dahl**, que las mismas no basta que se encuentren nominalmente, sino que ellas deben tener efectiva vigencia. En la actualidad si bien se formulan críticas a nuestra Democracia, el reto planteado está en redimensionarla para lograr el máximo beneficio de ella hacia todos los ciudadanos.

Lista de Referencias.

1. Avendaño Lugo, José Ramón(1982); El Militarismo en Venezuela. La dictadura de Pérez Jiménez. Ediciones Centauro. Caracas- Venezuela.
2. Brewer Carías, Allan R (1985); Instituciones Políticas y Constitucionales. Universidad Católica del Táchira. Editorial Jurídica Venezolana.
3. Dahl, R. y Lindblom, Ch(1971); Política, Economía y Bienestar. Buenos Aires. Editorial Paidós.
4. Dahl, Robert(1989); La Poliarquía. Madrid. Editorial Tecnos.
5. _____(1991); La Democracia y sus Críticos. Buenos Aires. Editorial Paidós.
6. Molina Vega, José E.(1991); El Sistema Electoral Venezolano y sus consecuencias políticas. Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Centro de Asistencia y Promoción Electoral. Vadell Hermanos Editores.
7. Suzzarini Baloa, Manuel; (1981); Rómulo Betancourt: Proyecto de Modernización. Editorial Ateneo de Caracas. Venezuela.
8. Velásquez, Ramón J; Calvani, Arístides; Brewer, Allan; Silva, Carlos; Liscano, Juan y Roche Marcel (1971); Venezuela Moderna. Medio siglo de historia 192G ~197G. Fundación Eugenio Mendoza. Editorial Ariel.