

Boaventura de Sousa Santos

Derecho y EMANCIPACIÓN

Prólogo por Juan Montaña Pinto

2

Pensamiento Jurídico
Contemporáneo

Corte Constitucional para el Período de Transición
Quito - Ecuador

Derecho y emancipación

Derecho y emancipación

Boaventura de Sousa Santos

Ensayo introductorio
Juan Montaña Pinto

Quito - Ecuador

Santos, Boaventura de Sousa
Derecho y emancipación / Boaventura de Sousa Santos. 1ª reimp. Quito: Corte
Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 2)
266 p.; 15x21 cm. + 1 CD-ROM

ISBN: 978-9942-07-013-5
Derechos de autor: 035852

1. Sociología del Derecho. I. Título. II. Serie.
CDD21: 340.115. CDU: 34:316. LC: K374. Cutter-Sanborn: SA237.

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado". Corte Constitucional.

Corte Constitucional para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
*Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto
Director Ejecutivo del CEDEC

Dunia Martínez Molina
Coordinadora de Publicaciones del CEDEC

Boaventura de Sousa Santos *Autor*

Miguel Romero Flores
Corrector de Estilo

Juan Francisco Salazar
Diseño de Portadas

**Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional**
Av. 12 de Octubre N16-114
y Pasaje Nicolás Jiménez, Edif. Nader, piso 3.
Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170
www.corteconstitucional.gob.ec
publicaciones@cce.gob.ec

Imprenta: V&M Gráficas
Quito, Ecuador, abril 2012

Este libro se constituye con cuatro textos: el primero "La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental", publicado originalmente en el libro *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*. El segundo "¿Puede el derecho ser emancipatorio?"; el tercero "Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos" y el cuarto "Sociología crítica de la justicia" son una versión remitida y autorizada por el autor y se editaron para esta publicación.

Índice

Ensayo introductorio	9
<i>Juan Montaña Pinto</i>	

Capítulo 1

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

I. Regulación y emancipación en la modernidad	33
II. El papel de la ciencia y del derecho en el manejo de los excesos e insuficiencias de la modernidad	38
III. ¿Una transición de paradigmas?	42

Capítulo 2

¿PUEDE EL DERECHO SER EMANCIPATORIO?

I. Introducción	63
II. Contextualizando la cuestión	64
III. El prejuicio occidental y la plausibilidad de la cuestión	69
IV. La muerte del contrato social y la ascensión del fascismo social	74
V. Sobre el cosmopolitismo subalterno e insurgente	91
VI. El cosmopolitismo subalterno y el derecho: condiciones para una legalidad cosmopolita	100

VII. La legalidad cosmopolita en acción	110
VIII. Conclusión	142

Capítulo 3

HACIA UNA CONCEPCIÓN INTERCULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. Introducción	147
II. La reconstrucción intercultural de los derechos humanos	151
III. El imperialismo cultural y la posibilidad de la contrahegemonía	166
IV. Derechos humanos interculturales posimperiales	176
V. Conclusión	185

Capítulo 4

SOCIOLOGÍA CRÍTICA DE LA JUSTICIA

I. Introducción	189
II. Los jueces y el Estado moderno	194
III. Los jueces periféricos y semiperiféricos	214
IV. Las funciones de los jueces	221
V. Patrones de litigio y cultura jurídica	228
VI. La pirámide del litigio	234
VII. Conclusión	245
<i>Bibliografía</i>	246

Ensayo introductorio

1. Algunas digresiones literarias

Como se sabe, la literatura castellana debe a Cristóbal Colón el haber conocido el mar. No olvidemos que al tiempo que Colón descubría su nuevo mundo, construido esencialmente de fantasías, terquedad y mentiras, y lo documentaba en el alucinado diario de sus cuatro viajes,¹ el castellano, al atravesar el océano, se iba transformando en lengua marina. Con anterioridad al 3 de agosto de 1492, día en que tras los pasos de Marco Polo, Colón zarpó de la península en el Nao Santa María, el idioma y la literatura castellana no habían trascendido jamás el estrecho y rústico escenario de las yermas planicies de Castilla la vieja, donde había nacido. Colón le dio al castellano y a la literatura universal, aún sin saberlo, un hijo no buscado: la literatura hispanoamericana.²

No habrían pasado 50 años de este primer hito, cuando de las manos de los cronistas de indias el castellano volvió a trascender sus límites: de acuático pasó a montaraz y selvático. Penetró y se dejó embrujar por los habitantes, olores, sabores, ruidos y mitos de la selva. Prácticamente en todos los relatos, sobre el encuentro de los españoles con la exuberante vegetación tropical, los cronistas documentan alguna forma de horror, alucinación, pesadilla, locura, deshumanización o barbarie que vivieron y

1 Sobre el particular, véase Todorov, T. *La conquista dell'America, il problema dell' "altro"*. Torino, Einaudi Tascabili Editori, 1984, pp. 17-40.

2 Arciniegas, G. *Estudio Preliminar Volumen XVII de los Clásicos Jackson*. México, 1963, p. IX.

protagonizaron los conquistadores en su contacto con las selvas del nuevo mundo.

Uno de los ejemplos más significativos de esta experiencia de terror trasladada a la literatura es la historia de Lope de Aguirre, el cruel y frenético conquistador español que en el siglo XVI, en medio de las más duras condiciones nunca planteadas a hombre alguno, casi pierde la vida y la razón en busca de *El Dorado*, asesinó a sus compañeros,³ asoló los territorios recién descubiertos, y terminó protagonizando la primera, y una de las más serias, rebeliones contra el poder imperial y el colonialismo castellano incipiente.

Más allá de la afinidad o repudio que nos pueda originar la figura y las acciones de Aguirre, ampliamente difundidas mediante películas, novelas⁴ y crónicas⁵ más o menos históricas sobre este *ángel caído*,⁶ como lo designara Miguel de Unamuno;⁷ lo cierto es que no es posible acercarse y percibir la complejidad de este mítico personaje si no nos situamos en el contexto y bajo el influjo del *infierno verde* sobre él y sus marañones. Sin la presencia omnímoda de la espesura y su efecto desquiciante sobre los hombres que intentan dominarla, no se entiende el grado de deshumanización que la selva propicia y que, por medio de las crónicas de la conquista, nos muestran al hombre otra vez en el estado de naturaleza del que supuestamente había salido, si creemos en Hobbes, cuando se suscribió el contrato social y se creó por primera vez una forma de Estado y autoridad; estado de naturaleza que fuera denunciado poco tiempo después, por personajes como Bartolomé de las Casas y todos aquellos que se creyeron y tomaron en serio el papel humanizador del cristianismo.

3 Incluyendo al jefe de la expedición Pedro de Ursúa y a su propia hija, doña Elvira.

4 Las dos principales novelas propiciatorias de la figura de Lope de Aguirre son: *El camino del dorado* de Arturo Uslar Pietri, 1947, y *Lope de Aguirre. Príncipe de la Libertad*, de Miguel Otero Silva publicada en 1979.

5 Mapel, E. y N. Escandel, ed. *Lope de Aguirre. Crónicas 1559-1561*. Barcelona, Editorial Universitaria, 1981.

6 Una de las características permanentes de las crónicas históricas sobre Lope de Aguirre, escritas inmediatamente después de ocurridos los hechos, es la desaprobación generalizada a la figura del Tirano Aguirre, lo que se explica en muchos casos por la necesidad de sus autores de justificarse frente a la Corona española por haber participado o haber sido parte en la aventura sangrienta de Aguirre. Sobre el particular, véase Mapel, E. y N. Escandel, *op. cit.*

7 Unamuno, Miguel de. *Obras Completas*, vol. V. Madrid, Fundación Antonio de Castro, 2001, p. 196.

Un poco más de trescientos años después, en noviembre de 1924, se publicó por primera vez, en Bogotá, en ese entonces una aldea fría, fea y falduda trepada en la parte nororiental de los Andes, una nueva *novela* sobre la selva;⁸ en ella su autor,⁹ en un intento por superar el romanticismo y el costumbrismo de su tiempo,¹⁰ y utilizando como pretexto una rocambolesca y a la vez insípida historia de amor entre un poeta y una joven bogotana, nos vuelve a hablar del horror de la deshumanización del hombre en su lucha por el dominio y control de la naturaleza. Y lo hace de una forma poco usual: utiliza el expediente literario para realizar una afanosa denuncia, un memorial de agravios, sobre las condiciones brutales, de moderna esclavitud, servidumbre y sumisión, a los que Julio César Arana con la complicidad de los gobiernos peruano, venezolano, brasileño y colombiano sometía a los indígenas de la cuenca del río Putumayo, en su afán de extraer de la selva el preciadísimo caucho.

Para ello, el autor se desvincula de la tradición clásica de la novela decimonónica, donde, como se sabe, la trama depende de la existencia de un personaje central que se desenvuelve en medio de un grave conflicto psicológico, y crea la primera novela barroca¹¹ de la historia de Colombia donde el personaje central de la obra no es ya un ser humano sino la selva. En *La Vorágine*, la manigua aparece como una presencia abrumadora, una especie de gran diosa cruel y demoníaca en cuyo contacto el hombre va perdiendo, no solo su centralidad en el relato sino incluso su humanidad, convirtiéndose poco a poco en parte de esa “procesión de infelices” que de tanto transitar perdidos con la ilusión de reencontrar la libertad, solo encuentran la miseria y la muerte.¹²

El bosque, la floresta, la selva es, en el mundo simbólico de muchos, esa lejana tierra, ese lugar oscuro e ignoto de donde la humanidad alguna vez salió y no espera retornar; es la personificación terrorífica del *estado de*

8 Nieto Caballero, L. E. *Libros colombianos*. Bogotá, Editorial Minerva, 1928, p. 154.

9 José Eustasio Rivera.

10 *La Vorágine* es una de las primeras novelas, sino la primera novela modernista y realista de la literatura colombiana.

11 Sobre el particular, véase Neale-Silva, Eduardo. *Horizonte humano: vida de José Eustasio Rivera*. México, Fondo de Cultura Económica, 1960, p. 374.

12 Rivera, J. E. *La Vorágine*. Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, 1985, p. 148.

naturaleza del que el hombre salió gracias a la civilización; y por ello, la utilización de la selva como herramienta literaria, la literatura de la selva, como la llaman algunos, es parte de un discurso humanista que nos recuerda permanentemente la urgencia de alejarnos de esos confines habitados por la animalidad y la violencia, destinados, según las filosofías orientalistas,¹³ únicamente a los dioses o a los elegidos.

2. Acerca de la posibilidad de un cosmopolitismo insurgente: un planteamiento “teórico” frente al retorno del Estado de naturaleza

Pero, dirán algunos, ¿qué sentido tiene hablar de literatura y de la selva como personaje literario cuando en realidad se quiere explicar la pertinencia de la publicación en el Ecuador de un autor y una obra que hablan en lo sustancial de cambio de paradigma, reforma, revolución, derecho y justicia?

La respuesta es relativamente simple: si se mira con atención, la experiencia literaria puede servir, como ninguna otra, como una suerte de parábola de la sociedad en un tiempo determinado. Las crónicas de indias son una reflexión muy cruda y pertinente sobre la transición que significó para la naturaleza y los seres humanos el advenimiento del primer colonialismo ibérico, del mercantilismo y, en definitiva, de la modernidad recién inaugurada; la obra de José Eustasio Rivera sobre la explotación de los pueblos indígenas amazónicos por parte de las trasnacionales del Caucho¹⁴ refleja con claridad meridiana los conflictos ambientales y humanos de otra transición, aquella que permitió a los países de la periferia del sistema mundial insertarse con más o menos éxito en el mercado mundial de las materias primas desarrollado a la sombra del primer capitalismo monopolista, como en otro contexto, lo fueron las obras de Dickens respecto de la metamorfosis de las clases

13 El budismo, el hinduismo.

14 Personificadas en la figura de Narciso Barrera quien es un personaje de ficción en el que se suma la historia real de forajidos como Víctor Maceo, Julio Barrera Malo y Miguel Loaiza, asesinos y encubridores al servicio de la casa Arana y de su jefe y fundador, el peruano Julio César Arana.

marginales de la sociedad agraria tradicional inglesa cuando comenzaron a transformarse en obreros del aparato fabril de la Inglaterra victoriana.

En este caso, el libro que el lector tiene en sus manos nos habla de una nueva transición, aquella que en la actualidad están sufriendo la modernidad y el capitalismo financiero transnacional; y de los cambios en las sociedades de los países de la periferia del sistema mundial, que en los últimos 30 años han sido sometidos a un intenso proceso de destrucción y construcción social simultáneas, sin que haya habido tiempo ni espacio para adaptarse o reflexionar adecuadamente sobre las nuevas condiciones sociales, políticas y jurídicas que plantea la época.

En este caso, el problema teórico al que nos enfrentamos hoy, es que, como bien dice Boaventura en uno de los textos incorporados en este libro,¹⁵ la modernidad en general, y el capitalismo en particular, ya no son lo que eran, ni pueden ser interpretadas con las herramientas analíticas con las que se solía examinar este tipo de cuestiones; y lo que es más, las estrategias diseñadas por la sociedad para garantizar el necesario cambio social y la inclusión de las mayorías en los beneficios de la modernización estatal, la reforma y la revolución, en los últimos 30 años han demostrado su total caducidad para dar respuesta a las demandas sociales tanto en las naciones del centro del sistema mundial como en los países de la periferia; a tal punto que las exclusiones crecientes de grupos inmensos de la población respecto de los beneficios de la ciudadanía estatal, (derechos políticos, trabajo, salud, educación, vivienda, buen vivir), han generado un nuevo estado de naturaleza.¹⁶

El resultado es una confusión y una perplejidad tan grande o mayor que la que sufrieron Colón y los historiadores de Indias cuando trataban de explicar la realidad americana del siglo XVI con las herramientas simbólicas y conceptuales que habían heredado de la Edad Media.

15 Me refiero al texto “La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental”, que constituye el primer apartado de este libro.

16 Consistente, según nos indica Boaventura, “en la ansiedad permanente frente al presente y al futuro, en la pérdida de control inminente sobre las expectativas y en el caos permanente en relación con los actos más simples de supervivencia y de convencialidad”, véase Santos, Boaventura de Sousa. “Puede ser el derecho emancipatorio”. *Derecho y emancipación*. Quito, Corte Constitucional/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

Ante el fracaso del marxismo, de la socialdemocracia y del liberalismo conservador frente a la urgencia de dar respuestas, esperanza y alternativas a esta crisis paradigmática representada en la desmodernización creciente del mundo,¹⁷ la vasta obra teórica de Boaventura de Sousa Santos resulta un *oasis* en medio del desierto teórico a que nos han conducido las ciencias sociales y la dogmática jurídica positivista occidental en los últimos años. Es una especie de *tercera vía* entre la quimérica emancipación simbolizada en el binomio reforma-revolución y la barbarie que representa la regulación social imposible del mercado libre. En el caso latinoamericano en general, y ecuatoriano en particular, la metáfora de la selva como personaje con la que hemos iniciado este texto, sirve para ilustrar este renacer del estado de naturaleza que ha representado en términos sociales y políticos la aplicación del *Consenso de Washington* en nuestra región.

En los escritos que componen este libro, Boaventura nos propone salir del ensimismamiento producido por el fenecimiento de las alternativas reformista o revolucionaria frente al neoliberalismo que niega la dignidad humana a grandes sectores de la población mundial, mediante la formulación de un cosmopolitismo alternativo que manteniendo las promesas del original,¹⁸ permita la extensión de sus beneficios a todos aquellos que lo necesiten, esto es, a los socialmente excluidos por cualquiera de las facetas de la globalización neoliberal.

Sin pretender construir una nueva *metateoría* social generalmente aplicable,¹⁹ el autor esboza ciertos mínimos que a su juicio debería cumplir cualquier propuesta que se pretenda incluir dentro del concepto de *cosmopolitismo subalterno y transformador*: en primer lugar, propugna la inutilidad y la inconveniencia de la formulación de una teoría, una estrategia y una táctica de lucha social unificada,²⁰ en segundo lugar postula el reemplazo

17 *Ibid.*

18 Como bien señala Boaventura, el cosmopolitismo es una postura teórica e ideológica que promueve la tolerancia, el universalismo, la ciudadanía universal y la cultura global entre otros valores, véase *ibid.*

19 Eso sería volver a caer en los errores que cometieron las principales teorías sociales de la modernidad: el marxismo y el liberalismo.

20 A juicio de Boaventura de Sousa Santos en el contexto de un cosmopolitismo insurgente y emancipatorio la teoría, cualquiera sea su valor siempre será lo último y no lo primero, de tal manera que en lugar de un modelo que unifique todas las luchas sociales bajo un parámetro común, se requiere generar herramientas de traducción y entendimiento entre luchas y experiencias sociales diversas.

del ideal revolucionario por el ideal de la rebelión y en el abandono de la idea de la toma del poder como fin último de todo movimiento social y político insurgente; en tercer puesto, plantea la necesaria transformación del poder a partir de su democratización radical, de la participación de todos en los asuntos de interés general y en la generación de mecanismos de toma de decisión y autoridad compartida; en cuarto lugar, insiste en la necesidad de formular una práctica de la igualdad a partir del reconocimiento de las diferencias; y por último, recomienda la formulación de una nueva interpretación de la opresión que se aleje radicalmente de la búsqueda de vanguardias elegidas que asuman la dirección del cambio social.

En definitiva, la obra teórica y la militancia política de Boaventura de Sousa Santos reflejan la búsqueda vital del autor por contribuir a aclarar las manifestaciones y las potencialidades de ese cosmopolitismo insurgente, que se manifiesta en todo el mundo de distintas maneras, allí donde los pueblos y las personas luchan por construir una alternativa económica, social y política al neoliberalismo.

3. El papel del derecho en la disputa actual por la transformación y el cambio social

Como el propio título del libro sugiere,²¹ en esta publicación se agrupan una serie de textos, previamente publicados, donde el autor intenta explicar²² el papel del derecho en la configuración de un nuevo horizonte emancipatorio construido desde la lógica de los viejos y nuevos excluidos de los beneficios del capitalismo financiero actualmente en boga; y lo hace alrededor de la pregunta acerca de si el derecho puede o no ser emancipatorio.

Más allá de las críticas que se le han hecho y se le hacen a Boaventura de Sousa Santos por su pretensión de intentar hablar sobre los conflictos sociales de las actuales sociedades de transición a partir de unos parámetros

21 *Derecho y emancipación.*

22 El posmodernismo crítico.

interpretativos ajenos a los paradigmas consolidados, la propuesta teórica y política de Boaventura es, como se ha visto, muy útil para analizar los retos y potencialidades de los distintos procesos sociales que se enfrentan hoy día al neoliberalismo imperante.

Si los planteamientos generales de Boaventura de Sousa Santos acerca de la crisis del paradigma moderno y sobre los problemas del actual período de transición generan fuertes resistencias entre los científicos sociales; los relativos al derecho todavía más, pues no hay nada claro sobre el espacio y la función del derecho dentro del proceso general de resistencia a la globalización neoliberal. Hay que reconocer que en las ciencias sociales sigue siendo aún muy fuerte la visión escéptica frente al derecho, heredada del marxismo ortodoxo, que considera que el derecho ha sido el mecanismo privilegiado de dominación y de mantenimiento del statu quo; y, que por tanto una agenda política de oposición al poder debería desechar al derecho como herramienta de lucha política.

Sin embargo, como lo podrá leer el lector atento, la respuesta de Boaventura de Sousa Santos a la pregunta es un *si condicional*, en el sentido de que a su juicio el derecho tiene condiciones para convertirse en una importantísima arma liberadora si se generan unas determinadas circunstancias. Con esta respuesta proactiva pero a la vez crítica el autor logra generar una alternativa teórica a la tradición escéptica frente a lo jurídico, de origen fundamentalmente marxista, pues le reconoce al derecho un rol determinante en las luchas contrahegemónicas en curso. Según el cosmopolitismo emancipatorio que defiende nuestro autor, el hecho de que históricamente el derecho haya servido para explotar a los oprimidos no significa que no pueda llegar a ser un arma muy poderosa para la consecución de los objetivos políticos de los nuevos movimientos sociales.

En definitiva, de acuerdo con los planteamientos incluidos en este libro, en el mundo de hoy no se puede hacer una lectura esencialista del derecho; sino que al contrario es perfectamente factible un uso “no hegemónico” o emancipatorio del mismo sobre la base de cumplir con por lo menos cinco condiciones previas:

En primer lugar, se requiere que sea un derecho mestizo producto del contacto y de la interacción en términos de relativa igualdad entre

tradiciones y mundos jurídicos separados y tradiciones divergentes;²³ en segundo lugar, el derecho insurgente implica una *ruptura radical y definitiva con el positivismo* y particularmente con el llamado positivismo teórico²⁴ que, como se sabe, defiende el monismo jurídico y el carácter exclusivamente estatal de los fenómenos jurídicos. Esta ruptura nos permitirá aceptar que lo jurídico no se restringe a la ley y a las demás manifestaciones del derecho estatal; en tercer lugar, para devolverle al derecho su perfil liberador y emancipatorio, es indispensable construir una teoría de la igualdad que supere las visiones asimilacionistas de igualdad propias del cristianismo y del liberalismo y, por ende, *basada en la idea de no discriminación*, que como dice Boaventura de Sousa Santos consiste en promover la diferencia cuando la igualdad descaracteriza y promover la igualdad cuando la distinción subordina;²⁵ en cuarto lugar, se necesita abandonar la actitud contemplativa o celebratoria del pluralismo jurídico y reemplazarla por una valoración crítica del mismo que lo refleje en toda su complejidad;²⁶ en quinto lugar, para que un derecho sea legítimamente emancipatorio, el uso de estrategias jurídicas siempre deberá estar acompañado de procesos de movilización social y política, cuidando que la estrategia legal no sustituya a la lucha política; por último, para que un derecho sea efectivamente emancipatorio debe estar guiado por un objetivo inexcusable y definitivo, erradicar la marginación y la exclusión social.

23 Como bien señala Boaventura de Sousa, este intercambio igualitario es difícil no solo por la inercia de la cultura liberal occidental de minusvalorar cuando no violentar a las otras culturas, sino también debido a la natural desconfianza de las culturas tradicionales a abrirse a un diálogo franco con occidente, dada la historia de violencia, aculturación y etnocidio que ha prevalecido.

24 Sobre las formas o aspectos en que se desarrolla el positivismo jurídico, véase Bobbio, N. *El problema del positivismo jurídico*. México, Ediciones Fontamara, 2007, pp. 44 a 54.

25 Santos, Boaventura de Sousa. *La caída del Ángelus Novus: ensayos sobre una nueva teoría social*. Bogotá, ILSA, 2003, p. 164.

26 Como bien lo dice Boaventura de Sousa Santos en uno de los escritos que conforman este libro, a pesar de que en nuestra época existen muchas fuentes del derecho muchas de las cuales no son sancionadas por el Estado, el hecho de que exista derecho supra e infraestatal, no lo convierte por ese solo hecho necesariamente en derecho liberador; de tal suerte que lo que convertiría al derecho en hegemónico o emancipatorio es el uso concreto que se haga de él por los usuarios y no el derecho en sí mismo. En ese sentido podría haber tanto un uso hegemónico de fuentes jurídicas antihegemónicas, como un uso emancipatorio del derecho estatal.

Sin embargo, cualquier hipótesis de trabajo, y esta es una sugerente forma de *nueva utopía*, debe estar sustentada por pruebas de que sus postulados se practican en la realidad o tienen un nivel aceptable de realización y cumplimiento. Lo difícil es presentar ejemplos o experiencias de derecho y juridicidad que cumplan esos requisitos, y evaluar su plausibilidad. El autor a lo largo de los textos que componen el libro, y en el contexto de otros muchos escritos, intenta probar sus afirmaciones con ejemplos reales. De todos estos hay tres ejemplos que ilustran claramente, en la práctica, los retos concretos de un derecho emancipatorio: la constitución de un concepto multicultural de derechos humanos; la *deshumanización del derecho*, y la refundación del Estado en América Latina.

• Los derechos humanos multiculturales: el caso latinoamericano

Una de las luchas éticas más importantes de los últimos 50 años es la universalización del discurso y la práctica de los derechos humanos, al punto que hoy en día el discurso de los derechos humanos se ha convertido en el lenguaje de la política progresista en el mundo entero.

A pesar del enorme avance perfilado en esta materia, en términos globales, el proyecto soporta serias impugnaciones debido a la falta de legitimidad cultural de una propuesta que se ve en el mundo entero como “típicamente occidental”, nacida, como se sabe, en el contexto de la Guerra Fría.²⁷ Este pecado original ha generado formidables resistencias a su proyección en contextos culturales no occidentales, pues se le ve y se le juzga como un colonialismo globalizado que sirve de instrumento para el imperialismo cultural de occidente.²⁸

Por ello, como lo plantea el autor de los textos que hacen parte de este libro, uno de los retos más importantes de la lucha por un derecho

27 Como bien dice Boaventura de Sousa en uno de los textos que componen este libro, durante muchos años después de la segunda guerra mundial, los derechos humanos constituyeron una parte esencial de la disputa de la Guerra Fría, y por tal razón eran rechazados por la izquierda. Véase Santos, Boaventura de Sousa. “Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos”. *Derecho y emancipación*. Quito, Corte Constitucional/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

28 *Ibid.*

emancipatorio es la *redefinición intercultural de los derechos humanos*; redefinición que implica conjugar, en términos de igualdad, las pretensiones éticas que hay detrás de la búsqueda de la dignidad humana que propone Occidente frente a las necesidades de igualación en términos de reconocimiento de la identidad, acceso al poder y a las oportunidades que históricamente han reclamado la mayoría de las sociedades tradicionales no liberales.

Como bien lo dice Boaventura de Sousa Santos en su texto, este entendimiento cultural depende de la construcción de una nueva visión de la igualdad donde el reconocimiento de las diferencias entre personas y culturas se traduzca en reconocimiento de derechos individuales y colectivos, y en la igualdad de poder entre comunidades y derechos.

Uno de los avances más significativos de este proyecto de hibridación y ampliación de los derechos humanos en términos multiculturales e interculturales se da justamente en América Latina donde, a partir de la lucha de los pueblos indígenas, se ha logrado un amplio reconocimiento de la existencia de pueblos y comunidades con una historia y una cultura diversas a la de la mayoría política blanco-mestiza; y en consecuencia el reconocimiento de derechos colectivos especiales; también se ha conseguido luego de una intensa disputa política la igualación jerárquica entre los derechos individuales y los derechos colectivos, con lo cual se le ha dado un golpe muy grande a la visión liberal del derecho, sustentada en la supremacía del individuo.

La pregunta es cómo se produjo, y hasta qué grado, semejante transformación: la hipótesis provisional que motiva la edición de este libro, es que en América Latina, por lo menos en los países donde el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha tenido mayor influencia y alcance,²⁹ el avance hacia una comprensión intercultural de los derechos humanos se ha conquistado, en cierta medida, a partir de la ruptura del círculo vicioso en que había caído la discusión entre universalismo y relativismo en el mundo anglosajón; igualmente se ha logrado avanzar significativamente en la construcción de una concepción de dignidad supraindividual que incorpore a las comunidades culturalmente diferenciadas e incluso a la

29 Bolivia y Ecuador. Marginalmente Brasil, Colombia y Venezuela.

naturaleza; y se ha logrado incorporar y valorar positivamente el necesario cambio social no solo el de las comunidades tradicionales, sino también en la comunidad mestiza mayoritaria de raigambre liberal.

Pero, la esperanza que se tiene en que el discurso de los derechos transforme definitivamente la realidad latinoamericana, solo puede dar frutos si el discurso y los enunciados normativos se vinculan a un proceso político emancipatorio concreto, esto es a un movimiento de resistencia contra la opresión y no se conciben como un fin en sí mismo. No puede seguir siendo como hasta ahora, y en el mejor de los casos una retórica progresista políticamente correcta que han asumido muchas normas, políticas públicas y gobiernos sin una vinculación con la lucha por el mejoramiento de la realidad de sectores concretos e identificables de la población más vulnerable: emigrantes, mujeres, niños, indígenas, presos, etc.

• La deshumanización del derecho

Otro de los proyectos emancipatorios en boga, y uno de los más radicales, es el que busca la *deshumanización del derecho*. El planteamiento central de quienes defienden esta tesis emancipatoria es la construcción e interpretación de un mundo nuevo donde el hombre deje de ser el centro de todo para convertirse en una parte relativamente insignificante de un todo mucho más amplio: el mundo natural. En lo estrictamente jurídico, este nuevo paradigma plantea una redefinición de lo que es el derecho occidental y concretamente los derechos humanos donde el hombre no sea ya el eje de todo el sistema, sino un componente dentro de un gran sistema.

Este planteamiento, por supuesto, es considerado un exabrupto por quienes defienden el modelo tradicional del derecho; y como tal está sujeto a la incomprensión y escepticismo de la mayoría, por lo que, para explicar los retos que tiene el proyecto político y jurídico *gaiacéntrico* se requiere hacer una exploración arqueológica sobre los propios fundamentos de la cultura jurídica y el derecho occidentales, y en ese contexto plantear los cambios que exige la propuesta de deshumanización de lo jurídico.

Recordemos que nuestro horizonte jurídico se fundamenta en la existencia e interdependencia de dos principios, uno de índole metafísica y

otro de carácter materialista: el primero, surgido directamente de la tradición judeocristiana, está expresado claramente en el libro del Génesis, y se basa en la supuesta superioridad del hombre respecto del resto de los seres de la naturaleza por haber sido creado a su imagen y semejanza. El segundo principio es la propiedad privada. Como se sabe de acuerdo con algún sector del contractualismo, el hombre tiene facultades naturales anteriores a la conformación de la sociedad civil como la libertad o la propiedad.³⁰ En cuanto a esta última, la razón de ser de la sociedad política organizada es la garantía de la propiedad privada, que habría generado una división esencial entre aquellos que son titulares de ese derecho, las personas y el objeto de esa titularidad, las cosas. Tiempo después, retomando algunas ideas del contractualismo, *Federico Engels* formuló su famosa teoría según la cual a partir de un momento inicial de apropiación originaria generada por la urgencia de la supervivencia de los clanes familiares, todas las cosas comenzarían a tener dueño y por lo tanto se podría ejercer un dominio pleno sobre ellas que faculta a los dueños a usar, apropiarse de los frutos y disponer, (incluso destruir) las cosas a entera voluntad, acto original que daría inicio a la sociedad organizada y al Estado.

Estos dos principios se funden en uno solo mediante el pensamiento humanista antropocéntrico. De acuerdo con esta visión, el hombre, por ser el único ser viviente con inteligencia y voluntad, tendría una posición jerárquicamente superior en la cadena evolutiva respecto de todos los demás seres vivientes; y en tanto tal todos los seres y las cosas estarían destinadas a servir para su uso y beneficio. La naturaleza en ese contexto se transforma en mercancía, que a partir de ese momento tiene un valor de uso relacionado a la satisfacción de las necesidades humanas y un valor de cambio vinculado a la consolidación de la propiedad privada como elemento central de diferenciación social y acumulación de poder.

La historia de la apropiación y cosificación de la naturaleza como mercancía siguió lentamente su curso, sin que hubiera una presión excesiva sobre el medio natural hasta comienzos de la revolución industrial. A partir de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, la explotación de la naturaleza se incrementó exponencialmente hasta niveles insostenibles

30 Locke, J. *Dos tratados sobre el gobierno civil*. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996.

en los años sesenta y setenta durante el auge del Estado de bienestar. Justamente, a raíz del abuso indiscriminado al que fue sometido el medioambiente, en 1972, se convoca en Estocolmo la primera conferencia planetaria sobre el medioambiente, cuyo principal resultado fue la llamada “Declaración de Estocolmo” sobre el medioambiente humano, aprobada el 16 de junio de 1972;³¹ que se ha transformado en la piedra angular de la lucha posterior del movimiento verde en el mundo entero.

Si nos fijamos bien, a pesar de la trascendencia histórica y política de esta declaración en ella sigue estando el *hombre* en el centro del escenario; es una declaración sobre el medioambiente *humano* y por tanto la naturaleza sigue siendo una cosa objeto de apropiación y en el mejor de los casos en un objeto de políticas públicas, donde de lo que se trata es de llamar la atención sobre la necesidad de adoptar buenas prácticas para garantizar el buen uso, (racional, sostenible) de esa cosa que llamamos *naturaleza*, para beneficio de toda la humanidad. En definitiva lo que hay allí es una perspectiva utilitarista del entorno natural, que parte de la evidencia de que existe una relación insostenible entre el hegemónico estilo de vida occidental y nuestra supervivencia como especie.³²

En términos jurídicos el desarrollo de esta visión persistentemente antropocéntrica de la relación con la naturaleza nos conduce al progresivo reconocimiento de derechos humanos al ambiente sano,³³ que han permitido establecer mínimos éticos y normativos que previenen y mitigan la extensión de los daños a la naturaleza; pero como se ve el punto de vista sigue siendo, después de 2 000 años el tradicional donde el hombre sigue siendo el centro y la razón de ser de todo lo existente.

Así las cosas, la verdadera revolución en el tratamiento de la cuestión se da en el contexto marcado por el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Los más significativos avances se han producido en torno a y como

31 Sobre el particular, véase Ávila Santamaría, Ramiro. “El derecho de la naturaleza: fundamentos”. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

32 *Ibid.*

33 Véanse Declaración de Río de Janeiro de 1992 y el Protocolo de Kyoto de 1997 sobre el calentamiento global.

resultado de los debates constituyentes ecuatorianos de 2007-2008. Estos aportan a la tradición liberal e individualista del constitucionalismo y los derechos humanos la visión andina de integralidad, complementariedad y reciprocidad propia del mundo quichua,³⁴ donde la naturaleza no es considerada un bien o cosa objeto de apropiación, sino un ser vivo que debe sobrevivir y reproducirse.

El hecho de que la naturaleza sea considerada un ser viviente y que el hombre sea solamente un componente de ese ser vivo, ha permitido trasladar la discusión teórica de la cuestión relativa sobre ¿cómo se debe explotar el medio natural? a la pregunta de ¿por qué la naturaleza debe tener derechos? Y, en el caso de que los tenga, ¿cuál es el mecanismo más adecuado para proteger estos derechos?

Frente a la primera pregunta hay por lo menos dos respuestas posibles: en primer lugar, porque, por el hecho de ser un ser vivo, la naturaleza tiene dignidad;³⁵ en segundo lugar, la naturaleza tendría derechos porque darle tales facultades jurídicas permite asegurar su supervivencia y la de los seres humanos.³⁶ En cuanto a la segunda pregunta, la evolución del derecho en los últimos 50-60 años ha demostrado que el mejor mecanismo jurídico para garantizar la eficacia de los derechos es la existencia de garantías que den forma real a esos derechos; en el caso de la naturaleza esa dignidad y esa supervivencia, solo se puede garantizar efectivamente dándole titularidad de derechos y sobre todo capacidad de goce de los mismos, a través de la figura de la representación.

En la medida en que estos argumentos son todavía minoritarios y que la regla general sigue siendo hoy en día la incompreensión, la sorna y la ridiculización, es evidente que la lucha por la deshumanización del derecho y

34 Estermann, J. *Filosofía Andina: estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito, Abya-Yala, 1998.

35 Como se sabe la dignidad, en términos kantianos, no es otra cosa que la prohibición general de convertirnos en un medio para cumplir un fin de otro. Si aplicamos este concepto a la naturaleza, esta tendría dignidad porque en tanto ser viviente la naturaleza no es un medio para conseguir ningún fin de algo o alguien más, sino que su preservación, supervivencia y reproducción son un fin en sí mismos. Sobre el particular, véase Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*

36 Algunos dicen que la naturaleza debe tener derechos en cuanto es el mecanismo más eficaz para garantizar que no desaparezca, pues su desaparición implica la muerte de todos los seres humanos.

por el reconocimiento general de los derechos de la naturaleza constituye una agenda política utópica y contra hegemónica. Utópica, porque aunque sea difícil convencer a los defensores de la visión liberal hegemónica de la utilidad o razonabilidad de los argumentos esgrimidos es deseable romper el paradigma antropocéntrico si eso nos garantiza un mejor vivir a todos los seres vivos; contrahegemónica porque como bien dice Ramiro Ávila, siguiendo a Ferrajoli, los derechos son siempre herramientas de control del poder, y este es sin duda el propósito último de las luchas contrahegemónicas.³⁷

En definitiva, el elemento novedoso de la experiencia constitucional ecuatoriana es que más allá de los evidentes problemas de implementación práctica, los constituyentes ecuatorianos, en una actitud claramente contrahegemónica tuvieron el valor de romper decenas de años de preeminencia del paradigma antropocéntrico y lo han hecho tomando en consideración los elementos centrales de un modelo de pensamiento alternativo, el andino, basado en la complementariedad y en la reciprocidad. Esto es francamente extraordinario y revolucionario, porque se trata de sembrar el futuro a partir de elementos que han sobrevivido del pasado.

• La reinención del Estado

En el plano político, en los últimos 40 años, como consecuencia de la crisis del paradigma moderno, se puso en entredicho la funcionalidad del Estado nacional como elemento de organización del poder; en lo económico, desde comienzos de los años ochenta, el neoliberalismo se presentó como una alternativa eficiente y válida a la crisis y a las inconsistencias del modelo desarrollista y propugnó por la disminución del papel del Estado a su mínima expresión. En términos generales, los resultados de esta conjunción fueron un relativo retorno hacia el estado de naturaleza y la anomia social.

El fracaso tanto de la agenda de la derecha, como la de la izquierda tradicional, así como los impagables costos de la anomia social resultante;

³⁷ *Ibid.*

han generado la necesidad de repensar el papel del Estado en las sociedades emergentes de América Latina y de convertir este replanteamiento en una agenda insurgente políticamente potente.

El reto es refundar el Estado donde el objetivo no sea como lo ha sido desde el siglo XIX: la acumulación y el ejercicio del poder por el poder, ni la construcción de una identidad nacional, ni la consolidación de una hegemonía política, económica y cultural de una minoría. De lo que se trataría entonces es de cambiar la estructura y la forma del poder sin apropiarse de él, sin generar hegemonía. Hay que reemplazar la lucha por la búsqueda del diálogo y la complementariedad y por un mundo donde se reemplace la identidad por la valoración positiva de las diferencias culturales; y donde sobre todo se dé oportunidad a la generación de alianzas entre los excluidos, sin que eso implique fundar una preeminencia entre unos y otros; no se trata tampoco de reemplazar una institucionalidad blanco-mestiza por una nueva institucionalidad indígena o negra, sino que se busca la recuperación de formas de convivencia social que precedieron a aquellas establecidas por el colonialismo y estatismo liberal conservador latinoamericano. Este nuevo Estado es necesariamente plurinacional, y debe construirse a partir de un concepto de ciudadanía basado en la participación y no en la pertenencia, a partir de mecanismos de toma de decisión horizontales que engloben el concepto de *mandar obedeciendo* de los pueblos indígenas andinos, que no es otra cosa que la institucionalización del ejercicio continuo de la consulta donde, las decisiones colectivas se tornan en obligatorias para los ejecutores que no son representantes, en el sentido clásico del término, sino simples medios de realización de un fin.

Vistos los perfiles del nuevo Estado y asumida como posible y deseable esta insólita relación de las colectividades y personas con el poder, es necesario preguntarse, ¿cuál es la vía más idónea para conseguir este objetivo e implementar en la realidad esta nueva forma estatal?

Aunque no hay fórmulas mágicas, ni recetas milagrosas para transformar al Estado en herramienta contrahegemónica; en los últimos 20 años, en América Latina se ha logrado hacer un uso contrahegemónico del constitucionalismo liberal para asumir el control de un Estado en transición, mediante una *revolución pacífica y en democracia*. En efecto el nuevo

constitucionalismo latinoamericano, más que ningún otro en el mundo entero, ha tenido la capacidad de generar ilusiones acerca de la posibilidad de construir una utopía no armada que genere un *Estado nuevo* y otro proyecto de país a partir de la idea del reconocimiento general de derechos colectivos e individuales, la democracia participativa, la plurinacionalidad, una diferente relación con la naturaleza y una nueva economía.

Ahora bien, a pesar de su evidente diferencia cualitativa respecto del constitucionalismo conservador que se desarrolló hegemónicamente en América Latina desde tiempos de la independencia, es evidente que el nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene sus límites por lo que no podemos poner todas nuestras esperanzas en él si no queremos ver frustradas nuestras expectativas. Como todo proceso normativo su horizonte liberador está circunscrito a los márgenes que tiene la estrategia jurídica reformista.

Un ejemplo claro de los riesgos del reformismo jurídico se puede ver en los resultados políticos de algunos sectores sociales de América Latina, que a partir de los años noventa del siglo pasado decidieron presionar al Estado la transformación de sus agendas históricas en derechos directamente exigibles. En muchos casos lograron introducir tanto a la Constitución como a la legislación secundaria estas reivindicaciones, ganando un inmenso espacio a la visión hegemónica del derecho; pero, a la vez y como consecuencia directa de su éxito se vieron enfrentados a una cierta desmovilización política que los ha dejado sin propuesta política frente al incumplimiento cotidiano de esas normas.

Este es, por ejemplo, el caso del movimiento ecuatoriano de mujeres que logró por medio de una estrategia reformista introducir muchos de sus postulados en la Constitución, y que sin embargo, haciendo un balance crítico el resultado político final es decepcionante pues la efectividad real de los mandatos constitucionales es muy pobre. Esto explica el porqué las mujeres privilegiaron la lucha legal y se olvidaron de mantener en movimiento la protesta social que presionara a favor del cumplimiento de estos enunciados normativos. El resultado concreto es que hay un desconocimiento de la Constitución por parte de funcionarios y jueces, lo cual indica la necesidad de replantear la preeminencia de la estrategia legal reformista para la consecución de los fines políticos del movimiento feminista. Una vez reconocidos los derechos de las mujeres en la Constitución y dotados

estos de plenas garantías institucionales, políticas y jurisdiccionales, la cuestión urgente es saber cuál es el mejor camino para hacerlos realmente efectivos en la práctica cotidiana de instituciones. La respuesta no parece ser otra que la movilización social.

4. El futuro del derecho como herramienta insurgente en Ecuador

En el caso ecuatoriano, que es el que aquí más interesa, el futuro emancipatorio del derecho depende en gran medida del éxito que se tenga, en el corto y mediano plazo, en la realización efectiva de la Constitución y sus agendas internas.

La Constitución de Montecristi no es una sola Constitución, sino que en realidad son cuatro o cinco constituciones distintas que cohabitan en un equilibrio precario en el texto aprobado mayoritariamente por el pueblo ecuatoriano, y que dependiendo de las relaciones entre ellas, en el futuro, van a dar como resultado un nuevo Estado y un nuevo derecho, que será emancipatorio y transformador, o no, según se consoliden ciertos rasgos en lugar de otros.

La primera Constitución o agenda constitucional es la *neodesarrollista*³⁸ basada en una visión antiimperialista y nacionalista del Estado soportada por la recuperación de la planificación centralizada de la economía; en una visión centralista de la administración pública; en la reinstauración en el país de un sistema económico erigido sobre cuatro sectores de la economía;³⁹ y en el restablecimiento de un patrón de desarrollo endógeno.

La segunda agenda política influyente en la Constitución ecuatoriana es la de *los derechos*, que se expresa en la constitucionalización de las últimas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos. Los principales aportes de esta agenda a la estructura de la Constitución son el reconocimiento del principio de subordinación entre el derecho

38 Como se puede observar fácilmente si se compara la Constitución ecuatoriana de 2008 con el plan de desarrollo de la dictadura militar y la Constitución de 1979, esta agenda tiene su antecedente directo en el gobierno militar del general Rodríguez Lara y en la Constitución de 1979.

39 Sectores de los que ya hablaba la Constitución de 1979, el sector público, el sector privado, el comunitario y el mixto.

internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional;⁴⁰ el reconocimiento de la interdependencia de todos los derechos, la eliminación del concepto de derechos fundamentales; el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y el desarrollo del concepto de *sumak kawsay*; la vinculación entre los derechos y las políticas públicas; la creación de la nueva justicia constitucional, y el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución; entre otros.

La tercera agenda constitucional puede denominarse *democrática*. Sus defensores tenían como principal preocupación política devolver al pueblo la titularidad y ejercicio del poder constituyente; crear en el país una democracia participativa que garantizara la contribución de todas las personas en la gestión de lo público y de los intereses que los afectan y garantizar la intervención directa del pueblo en la fiscalización de las funciones estatales y en la designación de las altas autoridades del Estado.

Finalmente, la última agenda políticamente potente que tuvo influencia en el proceso constituyente ecuatoriano de 2007-2008 fue la de la *plurinacionalidad*. Los defensores de esta postura política, agrupados alrededor de las organizaciones indígenas planteaban dos cuestiones concretas: el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado⁴¹ y la garantía efectiva de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, con el mismo nivel de protección que el resto de los derechos constitucionales.

Respecto a la creación de un Estado ecuatoriano plurinacional, los propósitos políticos del movimiento indígena no se consiguieron más allá de un reconocimiento formal, más bien al contrario: los avances de la visión intercultural de la estructura del Estado anteriores a la Constitución se vieron limitados en la actual coyuntura constitucional, a partir de la concepción fuertemente centralista que prevaleció en la Asamblea Constituyente y que es contraria a la noción de autodeterminación y autogobierno defendidas por el movimiento indígena.

40 La introducción de este principio en la Constitución ecuatoriana ha permitido considerar como parte de la Constitución todos los principios y reglas establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

41 Con las implicaciones institucionales que ello significa en términos de una estructura del Estado que debe reflejar por lo menos en sus elementos más importantes la realidad plurinacional, multiétnica y pluricultural del Estado ecuatoriano.

En materia de derechos indígenas,⁴² por el contrario, más por la propia inercia del proceso constituyente que por la fortaleza del movimiento indígena, se consiguió mantener y profundizar en algunos casos las conquistas jurídicas obtenidas en los últimos 20 años de lucha indígena, si bien con algunas matizaciones respecto de las propuestas originales de los pueblos indígenas y sus voceros.

Aun así el futuro de la Constitución y del proyecto contrahegemónico ecuatoriano no está tanto en la estructura plural y compleja del texto constitucional cuanto en su nivel de eficacia normativa. La gestión del órgano legislativo nacional en el desarrollo normativo secundario deberá reflejar las necesidades de las cuatro constituciones aquí planteadas, especialmente la potente Constitución de los derechos.

En lo atinente a la agenda de la plurinacionalidad, si nos concentramos al ámbito de los derechos colectivos y sus mecanismos de garantía, ni la consulta previa ni el derecho y la justicia indígenas tienen el respaldo institucional que la Constitución manda. En la consulta previa, el legislador secundario aún no ha desarrollado legalmente la consulta prelegislativa como manda la Constitución.⁴³

El reto que tiene el proyecto emancipatorio de construir un nuevo Estado y un derecho distinto en el Ecuador es revertir la lógica política tradicional. La mayor dificultad es que, a pesar de las enormes diferencias con la agenda emancipatoria planteada por el autor del libro, no es fácil articular y explicar la oposición a un gobierno como el ecuatoriano. No olvide-

42 Recuérdese que los cinco derechos colectivos fundamentales de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente, y recogidos por la Constitución de Ecuador, son el derecho al autogobierno, el derecho al territorio, el derecho a la participación y el derecho a un modelo de desarrollo propio; los que en la lógica de la Constitución de Montecristi contemplan y deben garantizar la existencia de mecanismos procesales transversales para hacerlos efectivos en la realidad. También se sabe que los dos principales mecanismos de realización de esos derechos son el mecanismo-derecho a la consulta previa y el reconocimiento del derecho propio y de la justicia indígenas como un sistema jurídico y una justicia equivalentes al derecho mestizo nacional y a la justicia ordinaria.

43 A pesar del claro mandato constitucional, no ha habido consulta prelegislativa en ninguna ley importante. Se ha omitido este procedimiento garantista en la ley del agua, en la ley minera, en la ley de educación lo que viola no solamente la Constitución, sino también los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que se ocupan del tema indígena. Sobre el particular, véase Santos, Boaventura de Sousa. *Refundando el Estado en América Latina*. Quito, Abya-Yala, 2010, pp. 177 a 184.

mos que, en el contexto de la teoría política crítica anticapitalista, el gobierno del presidente Correa, con sus virtudes y defectos, sigue siendo un gobierno progresista y de izquierda, como lo demuestra buena parte de sus iniciativas: su política antiimperialista, su ruptura con la partidocracia oligárquica que tradicionalmente había gobernado el país, su oposición radical al neoliberalismo, la búsqueda de un proceso de integración política alternativo al fracasado modelo de integración económica latinoamericana de baja intensidad, el proceso de auditoría de la deuda externa, la política nacionalista en materia de recursos naturales, y un modelo de desarrollo asentado en la redistribución justa de la riqueza nacional,⁴⁴ son elementos que no dejan ninguna duda sobre la naturaleza progresista del proceso ecuatoriano actual. Pero también es cierto que no terminan de despejarse interrogantes sobre el grado de profundización que logrará el modelo en ciernes, donde la presión, movilización y acompañamiento social y ciudadano podrían ser factores que coadyuven la implementación integral del nuevo y vigente orden jurídico y constitucional.

Esta, entonces, implica la utilización contrahegemónica del derecho⁴⁵ y de los instrumentos que incorpora el nuevo Estado constitucional ecuatoriano, proceso para el cual puede resultar muy útil revisar y discutir los planteamientos críticos que hace Boaventura de Sousa Santos en cada uno de los textos que componen este libro pensado para el público ecuatoriano.

La discusión está abierta.

*Juan Montaña Pinto**

Director Ejecutivo del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional

44 *Ibid.*, p. 185.

45 La lucha por el reconocimiento de los derechos de indígenas, negros y mujeres; la promoción de la democracia participativa; las reformas para eliminar la discriminación sexual y étnica; el control del uso de los recursos naturales y la redistribución del ingreso son demandas que implican un uso emancipatorio y contrahegemónico del derecho constitucional.

* Abogado y especialista en derecho público, Universidad de Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diplomado de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho, Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Correo electrónico: *biofilopanclasta1971@gmail.com*

Capítulo 1

La desaparición de la tensión entre
regulación y emancipación
en la modernidad occidental

La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental

I. Regulación y emancipación en la modernidad

La modernidad occidental y el capitalismo son dos procesos históricos diferentes. El paradigma sociocultural de la modernidad surgió entre el siglo XVI y el final del siglo XVIII, antes de que el capitalismo industrial llegara a dominar en los países actualmente centrales. Desde entonces, los dos procesos históricos convergieron y se penetraron mutuamente. Sin embargo, las condiciones y la dinámica de su desarrollo continuaron por separado y de manera relativamente autónoma.¹ La modernidad no presupone el capitalismo como su modo propio de producción. En efecto, concebido como un modo de producción, el socialismo marxista es parte de la modernidad tanto como el capitalismo. Análogamente, este último ha coexistido con, e incluso prosperado en, condiciones que, vistas desde la perspectiva del paradigma de la modernidad, serían consideradas como premodernas o incluso antimodernas.

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

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

Puesto que todas las transiciones son mitad invisibles y mitad ciegas, es imposible nombrar con precisión nuestra situación actual. Esta es probablemente la razón por la cual la inadecuada designación de “posmodernidad” haya sido tan popular. Pero, por la misma razón, este término es auténtico en su imprecisión. Tal transformación de paradigmas será importante para el desarrollo del capitalismo, pero su impacto específico no puede ser determinado de antemano. La eficacia de la transición de paradigmas consiste en construir un nuevo y amplio horizonte de futuros alternativos posibles, un horizonte que sea al menos tan nuevo y tan amplio como aquel que construyó alguna vez la modernidad occidental y luego destruyó, o permitió que fuese destruido.

El paradigma de la modernidad es muy rico y complejo, tan capaz de inmensa variabilidad como predispuesto a desarrollos contradictorios. Esta capacidad de variación y de contradicción se fundamenta en la discrepancia entre la experiencia social y las expectativas sociales. En la modernidad, por primera vez en la historia de Occidente, la experiencia social de grandes grupos sociales —y no solo de las elites como sucedía antes— ya no coincide con sus expectativas acerca de su experiencia futura. Quien nace pobre puede morir rico. Quien nace de familia de

iletrados puede morir madre o padre de un hijo con formación. Las expectativas exceden a las experiencias, un exceso que se mide por la dimensión de las promesas de la modernidad, que se han vuelto creíbles por la idea de progreso.

La discrepancia entre experiencias y expectativas es, por lo tanto, parte integral de la modernidad occidental. Esta discrepancia potencialmente desestabilizadora descansa en los dos pilares en los que se apoya el paradigma de la modernidad: el pilar de la regulación y el pilar de la emancipación. La regulación moderna es el conjunto de normas, instituciones y prácticas que garantiza la estabilidad de las expectativas.

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

orden bueno. La tensión entre regulación y emancipación es, por consiguiente, insoluble; no hay una reconciliación final posible entre las dos.

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

El pilar de la emancipación está constituido por las tres lógicas de racionalidad que identificó Weber: la racionalidad estético-expresiva de las artes y la literatura, la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y la tecnología, y la racionalidad moral-práctica de la ética y del imperio de la ley. Estas tres lógicas —cada cual a su manera— desestabilizan el horizonte de expectativas posibles al extender las posibilidades de cambio social más allá de un límite regulatorio dado. En otras palabras, crean futuros posibles que no se ajustan a la relación política vigente entre experiencias y expectativas. Tienen, por lo tanto, una dimensión utópica. Exploran mediante el poder de la imaginación nuevas modalidades de

posibilidad humana y nuevas formas de desplegar la voluntad humana, y refutan la necesidad de lo que existe —solo porque existe— en nombre de algo radicalmente mejor por lo que vale la pena luchar, y a lo que la humanidad tiene pleno derecho. La racionalidad estético-expresiva, por ejemplo, crea futuros posibles mediante aquello que, a finales del siglo XVIII, el poeta alemán Friedrich Schiller llamó la apariencia estética (*das ästhetische Schein*). Estas son las palabras de Schiller:

En medio del temible reino de las fuerzas, y en medio del sagrado reino de las leyes, obra, inadvertido, el impulso estético hacia la forma, en la creación de un tercer reino jubiloso de juego y de apariencia, en el que el hombre se ve liberado de las ataduras de la circunstancia y de todo aquello que pueda llamarse obligación, tanto en el sentido físico como moral (1967: 215).

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

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

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

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

Dadas las tensiones internas y la amplitud del paradigma, son de esperar excesos e insuficiencias. Lo que resulta crucial, sin embargo, es que tanto excesos como insuficiencias fueron concebidos como corregibles.

Los excesos fueron considerados como desviaciones contingentes, las insuficiencias como deficiencias transitorias, y ambos como problemas que habrían de solucionarse mediante un uso mejor y más amplio de los siempre crecientes recursos materiales, intelectuales e institucionales de la modernidad. Este manejo reconstructivo de excesos e insuficiencias fue confiado gradualmente a la ciencia y, en una posición subordinada pero igualmente importante, al derecho. Estimulados por la rápida conversión de la ciencia en una fuerza de producción, los criterios científicos de eficacia y eficiencia pronto se hicieron hegemónicos y colonizaron gradualmente los criterios racionales de las otras lógicas emancipatorias.

Al comienzo del siglo XIX, la ciencia moderna se había convertido ya en una instancia moral suprema, ella misma más allá del bien y del mal. Según *Saint-Simon*, la crisis moral que había aquejado a Europa desde la

2 Arrogancia, desmesura. (N. del T.)

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

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

Esta relación de cooperación y circulación de significados entre la ciencia y el derecho, bajo la égida de la ciencia, es uno de los rasgos básicos de la modernidad. Creo, por lo tanto, que Foucault exagera la mutua incompatibilidad entre el poder jurídico y el poder disciplinario, y pasa por alto las profundas interpenetraciones entre ambos.

La tesis principal de Foucault es que, desde el siglo XVIII, el poder del Estado —al que denomina poder jurídico o legal— ha sido confrontado y gradualmente desplazado por otra forma de poder —al que llama poder disciplinario—. Este último es la forma predominante de poder en nuestra época, y es generado por el conocimiento científico producido en las ciencias humanas, de la manera como se aplica por las profesiones en instituciones tales como escuelas, hospitales, cuarteles, prisiones, familias y fábricas (Foucault, 1976, 1977 y 1980). Foucault caracteriza las dos formas de poder social de la siguiente manera. El poder jurídico (o estatal) se basa en la teoría de la soberanía. Es poder entendido como un derecho que se posee o se intercambia, un poder de suma cero que está organizado centralmente y es ejercido de arriba hacia abajo. El poder jurídico distingue entre el ejercicio legítimo e ilegítimo del poder, se aplica a destinatarios u objetivos autónomos previamente constituídos, y se basa en un discurso de derecho, obediencia y norma. A diferencia de este, el poder disciplinario no tiene centro. Se ejerce por intermedio de la sociedad. Es fragmentario y capilar. Se ejerce de abajo hacia arriba, y crea sus propios objetivos como vehículos de su ejercicio. Se basa en un discurso científico de normalización y estandarización. Aun cuando Foucault es algo confuso acerca de la relación entre estas dos formas de poder, resulta claro que, en su opinión, son incompatibles, y que el poder científico, normalizador, de las disciplinas, se ha convertido en la forma de poder más difundida en nuestra sociedad.³

Esta concepción tiene una larga tradición en el pensamiento occidental y, en efecto, se remonta a la distinción aristotélica entre la ley como orden normativo y la ley como descripción científica de regularidades entre fenómenos. En mi opinión, sin embargo, esta distinción sufre cambios cualitativos dentro del paradigma de la modernidad, y estos cambios se dan en una dirección opuesta a la que indica Foucault.

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

Foucault tiene razón en hacer énfasis en el predominio del poder disciplinario que, dentro de mi marco analítico, corresponde al lugar central de la ciencia en el manejo reconstructivo de los excesos e insuficiencias de la modernidad. Pero está equivocado al suponer que el poder disciplinario y el poder jurídico son incompatibles. Por el contrario, la mutua autonomía del derecho y de la ciencia ha sido lograda mediante la transformación del primero en el álter ego de la segunda. Esto explica por qué resulta tan sencillo pasar de la ciencia al derecho y viceversa dentro de las mismas instituciones. El acusado, dependiendo del veredicto “legal-científico” sobre su salud mental, puede ser remitido por la misma institución (el tribunal) bien a un ámbito médico, bien a un ámbito penitenciario-jurídico. De hecho, las mujeres a menudo han sido “ubicadas” en alguno o ambos ámbitos a la vez —como locas en el ático o como prostitutas— bajo las mismas presuposiciones sexistas y de clase, tanto de la ciencia como del derecho. Tal afinidad entre ciencia y derecho, así como la circulación de significados que esto permite, da lugar a procesos sociales que operan como crisoles simbólicos, como configuraciones de significado en las cuales están presentes elementos tanto de la ciencia como del derecho en complejas combinaciones. Uno de estos crisoles simbólicos es el proceso social mediante el cual los médicos han tenido la facultad de decidir asuntos de vida o muerte de sus pacientes. De manera más general, los sociólogos de las profesiones han mostrado cómo los privilegios profesionales derivados del conocimiento científico legitiman decisiones en las cuales los juicios científicos se desplazan hasta convertirse en juicios normativos. En su análisis de las decisiones discrecionales, por ejemplo, Joel Handler ha mostrado en qué forma “la dominación que surge de las exigencias de la tarea burocrática encuentra un hogar acogedor en las ideologías de las profesiones” (1983: 62).

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

En 1725, Vico escribió en *Scienza Nuova*, al contrastar filosofía y derecho:

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

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

III. ¿Una transición de paradigmas?

Desde mi punto de vista, el manejo reconstructivo de estos excesos e insuficiencias de la modernidad a través de la ciencia moderna y del derecho moderno atraviesa actualmente una crisis definitiva, y no es de sorprender que tal crisis sea muy evidente en la ciencia y en el derecho. Considero que aquello que caracteriza más fuertemente la condición sociocultural a comienzos del siglo es el colapso del pilar de la emancipación en el pilar de la regulación, como resultado del manejo reconstructivo de los excesos e insuficiencias de la modernidad que han sido confiados a la ciencia moderna y, en su defecto, al derecho moderno.

La colonización gradual de las diferentes racionalidades de la emancipación moderna por parte de la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia llevó a la concentración de las energías emancipadoras y de las capacidades de la modernidad en la ciencia y la tecnología. No debe sorprendernos, entonces, que la teoría social y política que exploró el potencial emancipatorio de la modernidad de manera más sistemática —esto es, el marxismo— viera este potencial en el desarrollo tecnológico de las

fuerzas productivas y utilizara la racionalidad cognitiva e instrumental para racionalizarse, tanto a sí misma (el marxismo como ciencia), como al modelo de sociedad contemplado por ella (el socialismo científico).

Sorprendentemente, lo mismo puede decirse del socialismo utópico. Su versión más radical y consecuente, el fourierismo, se apoyó fuertemente en la racionalidad y en el *ethos* de la ciencia, como lo ilustran de manera diciente los cálculos matemáticos que hizo Fourier del tamaño exacto de los falansterios y de sus elementos constitutivos (1967: 162).

La hipercientifización del pilar de la emancipación dio lugar a promesas brillantes y ambiciosas. No obstante, con el paso del tiempo, resultó evidente no solo que muchas de estas promesas no se habían cumplido, sino también que la ciencia moderna, en lugar de eliminar los excesos y las insuficiencias, contribuía a recrearlas en moldes siempre nuevos y, ciertamente, a agravar al menos algunos de ellos. Examinemos con mayor detalle algunas de las promesas fundamentales de la emancipación moderna.

En lo que se refiere a la promesa de igualdad —esto es, la promesa de una sociedad más justa y más libre— hecha posible por la abundancia resultante de la conversión de la ciencia en una fuerza productiva, según las últimas cifras disponibles de la Organización para la Alimentación y la Agricultura de las Naciones Unidas (FAO), en 1997-1999 había 815 millones de personas desnutridas en el mundo: 777 millones en los países en vías de desarrollo, 27 millones en los países que hacían la transición a las economías de mercado, y 11 millones en los países industrializados (FAO, 2001). En el siglo XX murieron de hambre más personas que en cualquiera de los siglos anteriores, e incluso en los países desarrollados el porcentaje de personas excluidas socialmente, aquellas que viven por debajo de la línea de pobreza (el “Tercer Mundo interior”), continúa aumentando. Según datos de *United Nations Development Programme* (UNDP), el Foro de Política Global ha estimado que “hace tres décadas, las personas de los países ricos estaban 30 veces mejor que aquellas de los países donde vive el 20% más pobre del mundo”. Para 1998, esta brecha se había ampliado a 82 veces (de 61 veces desde 1996) (<http://www.global-policy.org/soecon/inequal/gates99.htm>, acceso: 06/06/02). Un economista del Banco Mundial concluyó en un “estudio de amplio espectro que cubre el 85% de la población mundial de 91 países”, que “el 1% más rico del

mundo tiene ingresos equivalentes a los del 57% más pobre. Cuatro quintas partes de la población del mundo viven por debajo de lo que países en América del Norte y Europa consideran la línea de pobreza. El 10% más pobre de los norteamericanos está, sin embargo, en mejores condiciones que dos tercios de la población mundial”.⁴

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

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

Finalmente, la promesa del dominio de la naturaleza y de su uso para el beneficio común de la humanidad ha llevado a una explotación excesiva e insensata de los recursos naturales, a la catástrofe económica, la amenaza

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

nuclear, la destrucción de la capa de ozono, y al surgimiento de la biotecnología, la ingeniería genética y la consiguiente conversión del cuerpo humano en la mercancía final. Durante los últimos cincuenta años, el mundo perdió cerca de la tercera parte de sus bosques. Según estimaciones de la FAO, se pierden anualmente más de 150 000 kilómetros cuadrados de selva tropical (<http://www.fao.org/sd/epdirect/Epre0030.htm>, acceso: 06/06/02). Actualmente, las corporaciones multinacionales tienen derecho a talar árboles en 12 millones de acres de la selva amazónica. La erosión y la escasez de agua son los problemas que más afectarán a los países del Tercer Mundo durante la próxima década. Una quinta parte de la humanidad ya no tiene acceso a agua potable.

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

La reducción de la emancipación moderna a la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia, y la reducción de la regulación moderna al principio de mercado, alimentado por la conversión de la ciencia en la fuerza primordial de producción, son las condiciones claves del proceso histórico mediante el cual la emancipación moderna se ha convertido en regulación moderna. En lugar de disolverse en el pilar de la regulación, el pilar de la emancipación ha continuado brillando, pero con una luz que no proviene ya de la tensión dialéctica original entre regulación y

emancipación —que todavía puede verse, aun cuando ya en el crepúsculo, en el lema “orden y progreso” de los positivistas de siglo XIX— sino más bien de los diferentes espejos en los que se refleja la regulación. En este proceso, la emancipación ha dejado de ser el otro de la regulación para convertirse en su doble.

De ahí el síndrome de agotamiento y de bloqueo global: la proliferación de los espejos de la regulación permite prácticas sociales cada vez más contingentes y convencionales, pero tal contingencia y convencionalidad coexisten con un grado cada vez mayor de rigidez e inflexibilidad al nivel global. Todo parece posible en el arte y en la ciencia, en la religión y en la ética, pero, por otra parte, nada nuevo parece posible al nivel de la sociedad en su conjunto.⁵ El colapso de la emancipación en la regulación surgido de la hipercientifización de la emancipación, combinado con la hipermercantilización de la regulación, aun cuando neutralizó efectivamente los temores que alguna vez se asociaron con la perspectiva de una transformación social fundamental y de futuros alternativos, ha generado un nuevo sentido de inseguridad que se deriva del temor a los desarrollos incontrolables que probablemente ocurran aquí y ahora, precisamente como resultado de la contingencia y convencionalidad generalizadas de prácticas sociales específicas. La regulación misma se ha desacreditado ideológicamente como pilar de la modernidad no, como sucedió en el pasado, debido a su contradicción con la emancipación, sino debido más bien a sus contradicciones internas. En otras palabras, la contingencia y convencionalidad globales debilitan la regulación sin promover la emancipación. La primera se hace imposible a medida que la segunda se hace inconcebible. A un nivel más profundo, este sentimiento de inseguridad descansa en la creciente asimetría entre la capacidad de actuar y la capacidad de predecir. La ciencia y la tecnología han extendido nuestra capacidad de actuar de una manera que no tiene precedentes, y con ella la dimensión espacio-temporal de nuestras acciones. Mientras que en el pasado las acciones sociales y sus consecuencias compartían la misma dimensión espacio-temporal, actualmente la acción tecnológica puede

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

prolongar sus consecuencias, tanto en el tiempo como en el espacio, mucho más allá de la dimensión de la acción misma y por medio de cadenas causales que son cada vez más complejas y opacas.

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

Las épocas de transición de paradigmas son doblemente ambiguas por varias razones. Primero, porque dado el predominio del antiguo paradigma, es posible argumentar persuasivamente que la crisis puede, de hecho, resolverse dentro del paradigma prevaleciente, y que no hay una transición después de todo. Segundo, porque incluso quienes creen que nos encontramos en una época de transición rara vez coinciden acerca de la naturaleza del paradigma del que venimos y, aún más rara vez, acerca de la naturaleza del paradigma hacia el que nos ecaminamos. En lo que respecta a la ciencia moderna, por ejemplo, existe casi un consenso actualmente en que la enorme capacidad para la acción que ha posibilitado no va a la par con una capacidad análoga de predicción. Como resultado de ello, las consecuencias de la acción científica son necesariamente menos científicas que la acción misma, y esta asimetría alberga la crisis más profunda de la ciencia. La asimetría, sin embargo, puede ser leída de dos

maneras diferentes, bien sea como exceso o como insuficiencia. La capacidad de actuar es excesiva en relación con la capacidad de predecir las consecuencias de la acción o, inversamente, la capacidad de predecir las consecuencias es insuficiente en relación con la capacidad de producirlas. Estas dos lecturas no son intercambiables, porque se centran en diferentes procesos y hacen énfasis en diferentes inquietudes. La primera lectura lleva a cuestionar el concepto de progreso científico, mientras que la segunda se limita a pedir más progreso científico. La segunda lectura —la insuficiencia de la ciencia— ha prevalecido, en efecto, hasta ahora, y se ha anclado en lo que Hans Jonas ha llamado el utopismo automático de la tecnología: el futuro como una repetición “clónica” del presente (Jonas, 1985). La primera lectura (la ciencia como exceso) es todavía una lectura marginal, pero la preocupación a la que da lugar está ganando cada vez mayor credibilidad. ¿Cómo es que la ciencia moderna, en lugar de erradicar los peligros, las opacidades, la violencia y la ignorancia que alguna vez se asociaron con la premodernidad, las está recreando en una forma hipermoderna? El riesgo es ahora el riesgo de la destrucción masiva mediante la guerra o del desastre ecológico, la opacidad es ahora la opacidad de las cadenas causales entre las acciones y sus consecuencias; la violencia continúa siendo la antigua violencia de la guerra, el hambre y la injusticia, conjugada ahora con la nueva violencia de la *hybris* industrial sobre los sistemas ecológicos, y la violencia simbólica de las comunicaciones masivas en redes globales ejercida sobre públicos cautivos. Finalmente, es ahora la ignorancia de una necesidad —la utopía automática de la tecnología— que se manifiesta como la culminación del voluntarismo del libre albedrío —la oportunidad de crear opciones potencialmente infinitas—.

Optar entre estas dos lecturas de la condición actual de la ciencia moderna no es una tarea fácil. Los síntomas son fundamentalmente ambiguos y llevan a diagnósticos que discrepan entre sí. Si bien algunos parecen argumentar convincentemente que la ciencia moderna es la solución de nuestros problemas, otros parecen argumentar con igual persuasión que la ciencia moderna es ella misma parte de nuestros problemas. Si pensamos en la teoría de la sinergia de Herman Haken (1977), podemos decir que el nuestro es un sistema visual muy inestable, en el cual la más mínima fluctuación de nuestra percepción visual ocasiona rupturas en las

simetrías de lo que vemos. Al mirar una y la misma figura, ahora podemos ver una urna griega blanca sobre un fondo negro, y luego dos perfiles negros enfrentados sobre un fondo blanco. ¿Cuál es la verdadera imagen? Ambas o ninguna. Tal es la ambigüedad y complejidad de nuestra época.

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

3.1. Sobre el posmodernismo de oposición

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

Mi argumento es que nos encontramos en una transición de paradigmas que, a falta de un mejor nombre, podemos designar como transición posmoderna, y que, para explicar adecuadamente su potencial emancipatorio, necesitamos una teoría posmoderna apropiada. A esta última es a la que he llamado la teoría del posmodernismo de oposición u oposicional. Según esta teoría, es posible y necesario pensar en la regulación social y en

la emancipación más allá de los límites impuestos por el paradigma de la modernidad. Para lograrlo, se necesita una teoría posmoderna de oposición de la ciencia y del derecho.⁶

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

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

Esta posición se diferencia claramente tanto de las concepciones y teoría modernistas como de las concepciones y teorías posmodernistas más conocidas —esto es, del posmodernismo celebratorio—. Según este último, los problemas modernos tienen soluciones modernas y, por lo tanto, no se justifica hablar de una transición de paradigmas. Hay grandes variaciones dentro de la posición modernista. Por una parte, están quienes piensan que la modernidad occidental incluye muchos tipos de modernidades y que el problema reside en la versión de la modernidad que terminó dominando; así, las nuevas soluciones modernas para los nuevos problemas modernos deben buscarse en las otras versiones de la modernidad.

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

Hay, por otra parte, quienes creen que la solución no tiene nada que ver con las diferentes formas de la modernidad, sino más bien con la intensidad con la que se cumplió el paradigma de la modernidad. Esta es la posición de Habermas, para quien la modernidad es un proyecto inconcluso que debe ser completado. Una variante de esta posición —aun cuando se trata de una variante con un tono más experimental y pragmático— es la de científicos sociales como Roberto Unger, quien propone una radicalización triunfante de la modernidad como manera de resolver todos los problemas que la misma ha dejado sin respuesta hasta ahora. En efecto, para Unger la manera de superar la tensión entre los que considera como los objetivos gemelos de la modernidad —el “progreso práctico”, entendido como crecimiento económico e innovación, por una parte, y la emancipación, por la otra— consiste precisamente en explotar el potencial de otras variedades del repertorio institucional clásico de la modernidad occidental— esto es, economías de mercado, sociedades civiles libres y democracias representativas (Unger, 1998)

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

Mi visión de la transición posmoderna se distingue entonces claramente de todas las que he mencionado antes. Solo ella confiere pertinencia a la idea de una transición de paradigmas y la considera a la vez una verdadera transición, esto es, una etapa provisional. Las posiciones modernistas, por el contrario, sostienen que no hay lugar para hablar de una transición, porque todas las transformaciones en marcha o meramente imaginadas se dan dentro de un paradigma —el paradigma de la modernidad— que es lo suficientemente amplio y multifacético como para incluirlas a todas. Los posmodernistas celebratorios creen también que no

hay una transición propiamente dicha. La modernidad pasó, y con ella la idea tanto del paradigma como de la transición. Según la posición que sostengo, no hay una condición posmoderna; hay más bien un momento posmoderno. La designación de este momento como posmoderno, sin embargo, solo tiene como propósito indicar nuestra incapacidad de caracterizar adecuadamente este momento de transición, un momento entre un paradigma que es dominante todavía —incluso en la manera en que denuncia sus irremediables contradicciones— y otro paradigma o paradigmas emergentes, de los que solo tenemos indicios o signos. Bajo estas circunstancias, el problema de la dirección de las transformaciones se torna crucial. Como resultado de ello, no es tan importante distinguir entre modernismo y posmodernismo; lo que es realmente importante es distinguir entre el posmodernismo de oposición y el posmodernismo celebratorio. En síntesis, para el posmodernismo de oposición que sostengo es necesario comenzar desde la disyunción entre la modernidad de los problemas y la posmodernidad de sus posibles soluciones, y convertir tal disyunción en el impulso para fundamentar teorías y prácticas capaces de reinventar la emancipación social a partir de las promesas fracasadas de la modernidad.

3.2. Posmodernismo de oposición y derecho

Admito que la tercera vía que propongo entre una posición modernista y la posición del posmodernismo celebratorio es compleja. Dado el predominio académico de las dos posiciones rivales, la mía es particularmente susceptible de ser mal interpretada. Puesto que es tan difícil concebir la situación social, cultural, epistemológica y teórica independientemente de una de las dos posiciones dominantes, mi propia concepción ha sido considerada por algunos como modernista, por otros como posmoderna. Sinceramente, no estoy seguro de si, bajo las actuales circunstancias, las evaluaciones divergentes de mi obra son un signo de la debilidad o de la fortaleza de mi posición. Como quiera que sea, en lo que sigue intentaré desarrollar una concepción posmoderna de oposición respecto del derecho. Al hacerlo, busco preparar el terreno teórico para los argumentos que

presentaré y responder a algunas invitaciones de que desarrolle más mi posición, formuladas por los lectores de mis trabajos anteriores.⁷

Como afirmé antes, la manera como concibo la transición posmoderna implica una concepción posmoderna de la ciencia y del derecho —los dos conductos principales del surgimiento, consolidación y decadencia de la modernidad occidental—. La visión posmoderna de la ciencia y la concepción posmoderna del derecho los conciben como procesos característicamente epistemológicos, teóricos y analíticos. Tienen en común, sin embargo, la exigente tarea de enfrentarse al mismo reto, esto es, concebir las promesas emancipatorias incumplidas de la modernidad más allá de la modernidad misma, de manera que puedan ser redimidas del colapso de la emancipación en la regulación que marca el fin de la modernidad. Puesto que la ciencia y el derecho fueron los principales agentes de este colapso, el papel que les atribuyo en la transición de paradigma presupone un amplio proceso de “despensar” las concepciones predominantes de la ciencia y del derecho. “Despensar” es igualmente exigente, tanto respecto de las tareas de deconstrucción como de las tareas de reconstrucción. Desde el siglo XVII en particular, la ciencia ha colonizado nuestras nociones de razón y de racionalidad a tal punto que el proceso de “despensar” bien podría ser calificado de irracional.⁸ Invoco a Stephen Toulmin para replicar que lo que es verdaderamente irracional, o al menos extraño, es la drástica separación que se ha dado desde el siglo XVII entre los conceptos relacionados de racionalidad y razonabilidad, teoría y práctica, lógica y retórica, y el haber dado prioridad total a la racionalidad, la teoría y la lógica. En contra de toda la historia previa de Occidente, se cargó a la razón con la única tarea de producir necesidades y certidumbres absolutas mediante conceptos abstractos, leyes universales y argumentos formales generales, atemporales, descontextualizados y neutrales (Toulmin, 2001: 24). De la forma como concibo el momento de transición, la principal

7 Véase, por ejemplo, Twining, 2000, y Darian-Smith, 1998. Véase también, mi réplica a este último en Santos, 1998a.

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

tarea epistemológica y cultural consiste precisamente en recuperar la razonabilidad, la práctica y la retórica. En lugar de irracionalismo, lo que está en juego es devolver a la razón una racionalidad más amplia. El poeta norteamericano Wallace Stevens habla, en el mismo sentido, de una “razón posterior”.

En lo que respecta a la ciencia, me he referido a este problema en otro lugar (Santos, 1995, cap. 1, publicado en castellano en Santos 2003b).⁹ En lo que respecta a mi concepción del derecho se fundamenta en las exigencias de razonabilidad, práctica y retórica. De ellas recibo inspiración y energía para devolver al derecho su potencial de oposición y emancipación. Aquí me limito a presentar los rasgos principales de mi concepción del derecho.

Comienzo con una crítica de la concepción moderna del derecho. En mi opinión, la concepción moderna del derecho se fundamenta en tres pilares: el derecho como monopolio del Estado y como construcción científica; la despolitización del derecho a través de la distinción entre

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

La existencia de lo real no presupone su transparencia. Incluso la imagen más transparente —la imagen especular— es una imagen invertida, y conocer las reglas de la inversión, así sea con la mayor precisión, no elimina la inversión. El realismo crítico, pragmático y dirigido a la acción es lo que permite la tensión más creativa entre las posibilidades y los límites del conocimiento.

Estado y sociedad civil; y, el derecho como principio e instrumento universal de la transformación social políticamente legitimada. Mi punto de partida es, entonces, la crítica de cada uno de estos pilares y la formulación de alternativas a ellos. En contra del primer pilar —el carácter estatal y científico del derecho— propongo una concepción fuerte del pluralismo jurídico y una concepción retórica del derecho. Mi propósito es mostrar que la concepción modernista del derecho llevó a una gran pérdida de la experiencia y práctica jurídica y, de hecho, legitimó un “juridicidio” masivo, esto es, la destrucción de prácticas y concepciones jurídicas que no se ajustaban al canon jurídico modernista. La recuperación de la retórica está dirigida a ofrecer una alternativa a la teoría positivista del derecho que de una manera u otra, se ha convertido en “la conciencia natural” del moderno derecho de Estado.

Al referirse a la teoría jurídica anglo-americana, William Twining critica precisamente, por una parte, su carácter “provinciano”, que trata a “sociedades, Estados nacionales y sistemas jurídicos como unidades autocontenidas” (2000: 47), y por otra, su tradición expositiva, que tiende a ser “ahistórica, descontextualizada y poco crítica” (2000: 48).

Lo mismo podría decirse con facilidad de la teoría jurídica continental.

Coincido completamente con el diagnóstico de Twining. Mi única diferencia es con su propuesta: “Necesitamos una teoría jurídica —argumenta— que pueda trascender la jurisdicción y las culturas, en la medida en que esto sea factible y adecuado, y que pueda dirigirse a problemas jurídicos desde una perspectiva global y transnacional” (2000: 49). Dentro de los límites de la modernidad. Twining es quizás el teórico del derecho anglosajón que lleva más lejos la explicación de la diversidad jurídica del mundo. No creo, sin embargo, que la búsqueda de este objetivo, correcto en sí mismo, pueda ser facilitada por una teoría general y, menos aún, por una teoría en la cual, según la tradición analítica, la aclaración conceptual y la descripción formal continúen siendo sus principales tareas. En lugar del transculturalismo jurídico, propongo el multiculturalismo jurídico. Esto no implica en absoluto un relativismo cultural. En su excelente crítica de mi trabajo, Twining sugiere que yo oscilo entre el posmodernismo imaginativo (al que considera favorablemente) y un posmodernismo irracional (al que se opone fuertemente).

Uno de los puntos en los que considera que tiendo al posmodernismo irracional es precisamente el del relativismo cultural. Ahora bien, por el contrario, todas las culturas son relativas pero que el relativismo cultural, como posición filosófica, es erróneo. De hecho, el rechazo del relativismo cultural es quizás lo que mejor distingue al posmodernismo de oposición que sostengo del posmodernismo celebratorio.

En lo que se refiere al segundo pilar del derecho moderno —la despolitización del derecho mediante la distinción entre el Estado y la sociedad civil— propongo que se supere esta distinción y que se la sustituya por un conjunto de espacios-tiempo estructurales —el espacio doméstico, el espacio de la producción, el espacio del mercado, el espacio de la comunidad, el espacio de la ciudadanía y el espacio mundial— que pueden ser todos politizados y, por lo tanto, convertirse en conductos para liberar a la política de su confinamiento en el Estado y en la sociedad política, un confinamiento impuesto por la moderna teoría política.¹⁰ Tal liberación de la política convencional posibilita la repolitización del derecho —que, a mi juicio, es la condición necesaria para devolverle al derecho sus energías emancipatorias—. En este campo también, el posmodernismo de oposición que sostengo se distingue claramente tanto de las concepciones modernistas del derecho como de las concepciones posmodernistas celebratorias. Las primeras en realidad produjeron la despolitización del derecho al convertirlo en una ciencia —la ciencia jurídica o la jurisprudencia sociológica— así como en un monopolio del Estado. Este gesto, eminentemente político, de reducir el derecho al Estado es, según esta concepción, la condición de su despolitización. Lo anterior es válido para todas las teorías modernistas del derecho, incluyendo aquellas que, dentro del paradigma moderno son consideradas como opuestas entre sí. El “positivismo suave” de Hart, por ejemplo, y la concepción de Dworkin del “derecho como integridad” —que han llegado a ser vistos como los dos candidatos rivales más fuertes a la hegemonía teórica dentro de la teoría jurídica anglosajona— intentan ambos aislar el derecho (entendido exclusivamente como derecho del Estado) de la política, bien sea al formular una regla positivista de reconocimiento (Hart, 1961), o al recurrir a los

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

principios morales que constituyen el consenso que presuntamente subyace a las prácticas sociales en las sociedades bien organizadas (Dworkin, 1986). Incluso aquellas concepciones del derecho que buscan radicalizar el derecho moderno no están a la altura de su tarea. La teoría del derecho de Unger, por ejemplo —que está dirigida explícitamente a reorientar el análisis jurídico en la dirección de la imaginación institucional y acertadamente critica el objetivo reestructurativo y despolitizado de la teoría jurídica de la corriente principal—, permanece atrapada en la concepción reduccionista del derecho como derecho de Estado, y de la política como política estatal. En efecto, la invitación de Unger (1996 y 1998) a la experimentación y modificación de las instituciones equivale a un ejercicio en política social de cambio de arriba hacia abajo, cuyos actores privilegiados son intelectuales ilustrados, funcionarios gubernamentales y élites sociales, cuyos espacios-tiempo privilegiados son la política electoral y la adopción de políticas tecnocráticas.¹¹ Así, al radicalizar el canon jurídico moderno, el trabajo de Unger oculta el dilema en el que está enredado.

El posmodernismo celebratorio, a su vez, disfruta y promueve la despolitización al convertir al derecho en un objeto cultural que se refiere a la “conciencia jurídica” de cada individuo más bien que al cambio social. Como lo ha mostrado Munger (1998) en su evaluación de los trabajos académicos recientes de derecho y sociedad, los estudios sociojurídicos en los Estados Unidos se han dedicado cada vez más al estudio de la conciencia jurídica y se muestran escépticos acerca de las narrativas de emancipación social.¹² Desde una perspectiva epistemológica diferente —la de un académico modernista que ha hecho el “giro” interpretativo— Kahn ha sostenido recientemente una tesis similar. En su opinión, el problema que enfrenta actualmente la teoría jurídica es que se ha politizado

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

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

excesivamente, no despolitizado, como yo he venido argumentando, e invoca un giro decisivo en el estudio del derecho hacia el estudio de la cultura y de la conciencia jurídicas.¹³

Llego así al tercer pilar, el derecho como principio e instrumento universal del cambio social políticamente legitimado. Si la moderna concepción del derecho reduce la capacidad transformadora del derecho a lo que ha sido legitimado por el Estado, la concepción posmodernista celebratoria elimina por completo la idea del cambio social llavado a cabo mediante el derecho. Es aquí donde la razón cínica del posmodernismo celebratorio resulta más evidente. El desencanto con cualquier proyecto político que vaya más allá del lugar del trabajo —y de la torre del marfil en particular— es evidente, por ejemplo, en el giro posmoderno derrideano de antiguos académicos de *Critical Legal Studies* tales como David Kennedy y Duncan Kennedy.¹⁴ Por el contrario, la posición que sostengo concibe una amplia repolitización del derecho como condición para que la tensión dialéctica entre regulación y emancipación sea reconsiderada fuera de los límites de la modernidad. En lo que respecta al derecho, tales límites implicaron reducir la legitimidad a la legalidad, y así fue como la emancipación terminó siendo absorbida por la regulación. El problema acerca de qué es la legitimidad y qué es la legalidad, y acerca de la relación entre ambas es fundamental para mi propuesta teórica en este libro. El entrelazamiento de legalidad y legitimidad está tan profundamente inscrito en la concepción moderna predominante del derecho que el proponer separarlos puede parecer utópico y ser objeto de crítica precisamente por esta razón. Dada la estrecha concepción del pragmatismo y del realismo que terminó prevaleciendo y con la que vivimos actualmente, recuperar la

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

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

utopía es, en mi opinión, una de las condiciones del nuevo realismo — un realismo más amplio que puede impedir la reducción de la realidad a lo que existe—.

La respuesta afirmativa a la pregunta ¿puede el derecho ser emancipatorio? depende de una serie de condiciones que, como veremos no son el resultado de ninguna deducción a partir de los postulados de la modernidad occidental, como sucede en el caso de Unger. Surgen más bien de la práctica de grupos y clases socialmente oprimidos. Luchando contra la opresión, la exclusión, la discriminación y la destrucción del medioambiente, estos grupos recurren al derecho o, más bien, a diferentes formas de derecho, como un instrumento más de oposición. Lo hacen ahora dentro o fuera de los límites del derecho oficial moderno, movilizando diversas escalas de legalidad (locales, nacionales y globales) y construyendo alianzas translocales e incluso transnacionales. Estas luchas y prácticas son las que alimentan lo que llamo globalización contrahegemónica. En general, no privilegian las luchas jurídicas, pero en la medida en que recurren a ellas, devuelven al derecho su carácter insurgente y emancipatorio. A estas prácticas, tomadas en su conjunto, las designo como cosmopolitismo subalterno.

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

No obstante, la concepción del derecho que sostengo ha sido criticada a menudo por los modernistas por ser posmoderna —es el caso de Twining, con independencia de que coincidamos en otras ideas— y por autores posmodernos por ser modernista —como sucede en el caso de la crítica de Fitzpatrick (2001: 191).—¹⁵ Estoy dispuesto a conceder que esta diversidad de lecturas de mi trabajo se fundamente en la ambivalencia o, en el

15 Analógicamente, Warwick Tie, 1999, considera que mi posición es moderadamente realista o también neorealista.

mejor de los casos, en la complejidad de mi tercera vía entre el modernismo y el posmodernismo celebratorio. Lo que está por verse todavía, como sugerí antes, es si esto debe ser interpretado como un signo de debilidad o, por el contrario, como un signo de fortaleza. Propongo, sin embargo, que en lugar de detenernos en disputas sobre etiquetas —que recuerdan debates nominalistas a los que es mejor dejar en paz— deberíamos concentrarnos en el contenido de las diferentes posiciones y en sus contribuciones a la construcción de un mundo mejor.

Capítulo 2

¿Puede el derecho
ser emancipatorio?

¿Puede el derecho ser emancipatorio?

I. Introducción

A lo largo de este libro he estado defendiendo que vivimos en una época abrumada por la cuestión de su propia relatividad. El ritmo, la escala, la naturaleza y el alcance de la transformación social son tales que los momentos de destrucción y los momentos de creación se suceden unos a otros a un ritmo frenético sin dejar ni tiempo ni espacio para momentos de estabilización y consolidación. Esta es precisamente la razón por la que caracterizo el período actual como uno de transición.

En los períodos transitorios es característico que la naturaleza de la transición se distinga por el hecho de que las cuestiones complejas que plantea no logren encontrar un entorno social o cultural propicio para obtener su respuesta. Por un lado, quienes encabezan secuencias de destrucción y de creación social —generalmente, los grupos sociales pequeños, dominantes— que encabezan secuencias de destrucción y de creación social se encuentran tan absorbidos en la mecanicidad de la secuencia, que preguntarse lo que hacen es, en el mejor de los casos, irrelevante y en el peor, amenazante y peligroso. Por otro lado, la gran mayoría de la población que vive las consecuencias de una intensa destrucción social y creación, está tan ocupada o presionada con adaptarse, resistir, o simplemente sobrevivir, que no logra indagar, y mucho menos responder a cuestiones complejas sobre lo que están haciendo y el porqué. Al contrario de lo que algunos autores han revelado (Beck, Giddens y Lash, 1994), este

no es un período conducente a la autorreflexión. Esta probablemente esté restringida a aquellos lo suficientemente privilegiados como para atribuir-la a otros.

Se trata de un período muy complejo de analizar. Paradójicamente, no obstante, el significado de tal complejidad como una orientación para la acción no se aborda de forma más efectiva con preguntas complejas, sino más bien con preguntas simples. Una pregunta simple, elemental, es la que alcanza, con la transparencia técnica de un tirachinas, el magma más profundo de nuestra perplejidad individual y colectiva —que no es más que la complejidad no explorada. En un período no muy diferente del nuestro, Rousseau, en su *Discourse on the Sciences and Arts* [1750(1973)], preguntó y respondió a una pregunta muy simple que desde su perspectiva capturó la complejidad de la transición que se estaba desarrollando. La pregunta era: ¿El progreso de las ciencias y de las artes contribuye a la pureza o a la corrupción de la costumbre? O con una formulación todavía más simple: ¿Existe alguna relación entre la ciencia y la virtud? Tras un complejo análisis, Rousseau responde de una forma igualmente simple: con un “no” rotundo. En este texto, concluiré el análisis del derecho, la globalización y la emancipación emprendido, intentando responder una pregunta igualmente simple: ¿Puede el derecho ser emancipatorio?, o ¿existe alguna relación entre el derecho y la búsqueda de una sociedad buena? A diferencia de Rousseau, sin embargo, no creo que pueda ser capaz de responder con un simple no o con un simple sí.

II. Contextualizando la cuestión

En el momento que el Estado liberal asumió el monopolio de la creación y aplicación del derecho —y el derecho fue de ese modo reducido al derecho estatal— la tensión entre la regulación y emancipación social se convirtió en un objeto más de la regulación jurídica. En relación con la distinción entre la emancipación social legal e ilegal —que después se convirtió en una categoría política y legal crucial— solo fueron permitidas las prácticas y objetivos emancipatorios sancionados por el Estado y, por

tanto, coherentes con los intereses de los grupos sociales que lo apoyan. Esta dialéctica reglamentada se transformó gradualmente en una regulación no dialéctica mediante la cual la emancipación social dejó de ser el otro de la regulación social para convertirse en el doble de la regulación social. En otras palabras, en lugar de ser una alternativa radical a la regulación social existente, la emancipación social pasó a ser el nombre de la regulación social en el proceso de revisarse o transformarse a sí misma.

Con el triunfo del liberalismo en 1848, la preocupación central del Estado liberal pasó de ser la lucha contra del Antiguo Régimen a la lucha más bien contra las reivindicaciones emancipadoras de las “clases peligrosas”, que aunque fueran derrotadas en la revolución de 1848, continuaron presionando al nuevo régimen político con demandas crecientes de democracia (Wallerstein, 1999: 90). Desde ese momento en adelante, las luchas para la emancipación social se manifestaron en el lenguaje del contrato social, como luchas contra la exclusión del contrato social y para la inclusión en el mismo. Las estrategias difirieron entre aquellos que buscaban luchar dentro de los límites jurídicos del Estado liberal —los demoliberales, y más tarde, los demosocialistas— y para aquellos que semejantes límites se habían establecido para frustrar cualquier lucha emancipadora que valiera ese nombre y, por lo tanto, tenían que ser abolidos los diversos tipos de socialistas radicales.

Esta dualidad caracterizó a las políticas de izquierda durante los últimos ciento cincuenta años: por un lado, una política emancipadora conseguida por medios parlamentarios legales a través del reformismo gradual; por otro, una política emancipadora conseguida por medios extra-parlamentarios ilegales dirigiéndose a rupturas revolucionarias. La primera estrategia, que llegó a dominar en Europa occidental y el Atlántico Norte, adoptó la modalidad del Estado de derecho y se transformó así misma en un amplio programa de concesiones liberales que se dirigieron a expandir tanto el ámbito como la calidad de la inclusión en el contrato social sin amenazar la estructura básica del sistema económico y político vigente —esto es, del capitalismo y de la democracia liberal. La expansión de la ciudadanía política— el sufragio universal, los derechos civiles y políticos— y de la ciudadanía social —el Estado del bienestar, los derechos sociales y económicos— fue el resultado político de esta estrategia.

La segunda estrategia, inspirada en la revolución rusa, que llegó a dominar en la periferia del sistema mundial, adoptó el carácter de confrontación ilegal, violento o no violento, con el Estado liberal, los Estados coloniales y poscoloniales y la economía capitalista, llevando a la creación de Estados socialistas de diferentes tipos. Como he mencionado anteriormente, la Revolución rusa fue la primera revolución moderna que en lugar de ser dirigida en nombre del derecho fue dirigida contra el derecho.

Estas dos estrategias fueron internamente muy diversas. Ya he mencionado que la estrategia revolucionaria, aunque estuviera predominantemente ceñida en la misma teoría política —el marxismo— abarcaba diferentes políticas que defendían diferentes significados y objetivos y la competencia entre ellas era con frecuencia feroz, si no incluso abiertamente violenta. Asimismo, el campo legal, reformista, se dividió entre aquellos que dieron prioridad a la libertad sobre la igualdad y estaban a favor de las concesiones mínimas más viables (demoliberalismo) y aquellos que rechazaron establecer una jerarquía entre la libertad y la igualdad y estaban a favor de las concesiones máximas más viables (demosocialismo). Ambas tendencias de política legal lucharon contra el conservadurismo que se opusiera inflexiblemente a las concesiones a los excluidos del contrato social. Aunque encuadradas, todas ellas, por el Estado liberal, estas diferentes estrategias políticas condujeron a diferentes políticas del derecho que, a su vez, estuvieron en el origen de las transformaciones del Estado liberal en diferentes direcciones —fuertes Estados de bienestar en Europa, débiles Estados de bienestar en Norteamérica, especialmente en los EE.UU., etc.

Como he estado defendiendo, en los últimos veinte años este paradigma político entró en una crisis que impactó tanto la estrategia reformista como en la revolucionaria. En los países del centro, la crisis del reformismo adoptó la forma de la crisis del Estado de bienestar, y en los países de la periferia y semiperiferia la de la crisis del Estado desarrollista a través del ajuste estructural y de las drásticas reducciones en los gastos del incipiente Estado social. Significó, en términos políticos, la reemergencia del conservadurismo y una oleada ideológica contra la agenda de una inclusión gradualmente expansiva en el contrato social, que de diferentes

modos era común al demoliberalismo y al demosocialismo. Así, la vía legal hacia la emancipación social parecía (y parece) estar bloqueada: hay que reconocer que esa vía —una promesa emancipadora regulada por el Estado capitalista y, por lo tanto, coherente con las necesidades incesantes e inherentemente polarizadoras de acumulación del capitalismo— está inherentemente limitada. No obstante, en los países del centro del sistema mundo moderno se explicó durante muchas décadas la compatibilidad entre el capitalismo —siempre hostil a la redistribución social— y la democracia basada en políticas de redistribución o bien demoliberales o demosocialistas. El colapso de esta estrategia llevó a la desintegración de la tensión, ya muy atenuada, entre la regulación y la emancipación social. Pero como esta tensión habitó el modelo político en su totalidad, la desintegración de la emancipación social acarreó consigo la desintegración de la regulación social. De ahí la doble crisis de la regulación y emancipación en la que nos hallamos en la actualidad, una crisis en la que el conservadurismo prospera bajo el engañoso nombre del neoliberalismo. El neoliberalismo no es una versión nueva del liberalismo, sino más bien una versión nueva del conservadurismo. Sin embargo, lo intrigante es el hecho de que el colapso de las estrategias políticas que en el pasado garantizaron la compatibilidad entre el capitalismo y la democracia, lejos de llevar a la incompatibilidad de las dos, aparentemente ha reforzado tal compatibilidad y, además, la ha extendido más allá de los países centrales en el sistema mundial moderno a los que en el pasado estuvo en su mayor parte confinada.

Aproximadamente al mismo tiempo, la vía revolucionaria hacia la emancipación social entró en una crisis igualmente seria cuando se colapsaron los Estados-naciones que emergieron de luchas triunfantes contra el colonialismo y el capitalismo. Naturalmente, al igual que había ocurrido con la estrategia reformista, la “calidad” de la emancipación social provocada por la estrategia revolucionaria se había puesto en duda mucho antes. A pesar de las diferencias cruciales entre ellos, tanto los Estados liberales como los Estados socialistas presentaron una tensión muy regulada, promovida por el Estado, entre la emancipación y la regulación social mediante la cual las exclusiones estructurales —sean políticas, económicas o sociales— o cristalizaron o al menos profundizaron.

Esta manera de pensar acerca de la transformación social —esto es, en términos de una tensión entre la regulación y la emancipación social— es moderna. En una situación como la nuestra, en la que experimentamos una crisis tanto de la regulación como de la emancipación social, uno puede preguntarse si tal formulación no debería simplemente abandonarse dado que no logra capturar en términos positivos ningún aspecto de nuestras experiencias vitales. Si no todo está equivocado con nuestras experiencias vitales, algo está equivocado con la concepción que las presenta en términos incondicionalmente negativos. Asimismo, si las dos estrategias ampliamente extendidas a provocar la moderna transformación social, el reformismo jurídico y la revolución están en crisis —el derecho abunda pero aparentemente no por motivos de reforma social, mientras que la revolución simplemente ya no está allí— es legítimo preguntar si no deberíamos buscar nuevas concepciones para que la transformación social tenga sentido, si es que esta debe mantenerse como una manera de describir los cambios agregados de las experiencias vitales individuales y colectivas.

Como he estado defendiendo en este libro, nos encontramos en un período de transición que se puede describir mejor de la siguiente manera: vivimos en un período en la que nos enfrentamos a problemas modernos para los cuales no existen soluciones modernas. Las ideas de un buen orden y de una buena sociedad continúan obsesionándonos, sino por otra razón, debido a la naturaleza del des(orden) que prevalece en nuestras sociedades cada vez más desiguales y excluyentes, precisamente en un momento de la historia en el que el progreso tecnológico parece existir para que nuestras sociedades sean diferentes y mejores. Abandonar totalmente la tensión entre la regulación y la emancipación social o la propia idea de la transformación social —que, es la propuesta de los posmodernistas celebratorios— parece por tanto una proposición políticamente arriesgada, no solo porque coincide con la agenda conservadora sino también porque en el horizonte no existen ningunas concepciones nuevas con el potencial de capturar las aspiraciones políticas condensadas en los conceptos modernos. Reinventar la tensión entre la regulación y la emancipación social parece por eso una proposición mejor o más prudente que echarlas juntas al cubo de la basura de la historia.

Lo mismo se puede afirmar respecto a las estrategias políticas que en el pasado encarnaron la tensión entre la regulación y la emancipación social: el derecho y la revolución. La reinención en este caso es especialmente compleja, puesto que mientras la revolución parece sin duda descartada, el derecho es más omnipresente que nunca, hasta el punto de que llena los espacios sociales y políticos abiertos por el colapso de la revolución. Para los conservadores, aquí no hay nada que reinventar excepto modalidades más sutiles (y no tan sutiles) de dismantelar los mecanismos por medio de los cuales tanto los liberales como los demosocialistas transformaron el derecho en un instrumento de cambio social. La tarea científica y política que se avecina puede formularse de esta manera: cómo reinventar el derecho más allá del modelo liberal y demosocialista sin caer en la agenda conservadora y, en efecto, cómo conseguirlo para combatir la última de una manera más eficiente.

III. El prejuicio occidental y la plausibilidad de la cuestión

Antes de intentar responder esta pregunta es preciso preguntarse si aborda adecuadamente los problemas que preocupan a la política progresista y la práctica jurídica al comienzo del nuevo milenio. Porque si la respuesta es negativa, la cuestión de la reinención del derecho debería reformularse antes de proseguir. La narrativa mencionada es una narrativa occidental que comenzó con una cuestión quintesencialmente occidental: ¿Puede el derecho ser emancipatorio? Esta pregunta, en apariencia totalizante, realiza una serie de suposiciones que son específicas para la cultura y política occidentales. Presupone que existe una entidad social llamada derecho susceptible de definirse en sus propios términos y de funcionar de forma autónoma. También asume que existe un concepto general de emancipación social, diferente y separado de la emancipación individual y de proyectos emancipatorios particulares de grupos sociales diferentes, en diferentes contextos históricos. Además, da por hecho que hay expectativas sociales muy por encima y más allá de las experiencias sociales actuales y que el vacío entre experiencias y expectativas puede y debe llenarse.

Todas estas suposiciones son muy problemáticas cuando se analizan más allá de los límites de la modernidad occidental. Quinientos años

después de la expansión europea y de una geografía inmensamente diversa de zonas de contacto donde transcurrieron una multitud de tipos de hibridización y *criollización*, todavía es problemático para muchas culturas y sociedades no occidentales identificar el derecho como un campo social distinto y mucho menos como un campo social autónomo y homogéneo. En cambio, además del derecho estatal —que tiene algunas afinidades formales con el concepto liberal occidental del derecho— existe una amplia selección de estructuras normativas ancladas en entidades y agencias no estatales. Semejantes estructuras se encuentran completamente incrustadas en conjuntos de prácticas sociales que no se pueden describir adecuadamente como campos jurídicos, políticos, económicos o religiosos porque parecen ser todo ello simultáneamente. Además, en estas sociedades, a pesar de que las elites culturales y políticas formulan el vacío entre experiencias y expectativas sociales como un problema que se ha de superar por la emancipación social, no hay una memoria colectiva de lucha o de movimientos llevados a cabo en nombre de la “emancipación social”. En muchos casos, la única memoria colectiva que se aproxima a esta idea se relaciona con las luchas anticoloniales. La idea del buen orden y la buena sociedad con frecuencia se asientan en términos religiosos, e implican un derecho religioso en lugar de un derecho secular, la revelación más que la revolución.

Si la pregunta que estoy planteando es, en la formulación arriba mencionada, una cuestión distintivamente occidental, lo mismo se puede afirmar de la narrativa histórica del destino de la tensión entre la regulación social y el papel que juega el derecho en ella. La recepción del derecho romano en el siglo XII marca la primera presencia moderna del derecho en la tensión entre regulación y emancipación social, el desarrollo de una forma jurídica adaptada a servir a los intereses progresistas de la clase mercantil emergente. Esta es, evidentemente, una narrativa occidental. En el siglo XII, y en realidad mucho antes, los comerciantes prósperos poblaban las rutas comerciales que unían a China y la India con el Mediterráneo y muchas otras alrededor del este de África, África occidental y el norte de África, pero su historia jurídica no tiene nada que ver con la historia de las clases urbanas comerciales de la Europa medieval que luchaban contra los señores feudales con las armas intelectuales provistas

por el derecho romano. Además, desde 1848 el mundo era mucho más grande de lo que suponía el limitado espacio geográfico de los Estados liberales de Europa occidental. Había estados antiguos desde Egipto y Etiopía al centro de África, Persia, China y Japón. Había colonias europeas en África y Asia y la segunda ola del colonialismo todavía no había comenzado. Habían Estados poscoloniales en América Latina que se servían de constituciones liberales pero con prácticas políticas que, entre otras cosas, consentían la esclavitud e intensificaban el genocidio de los pueblos indígenas. Durante los siglos XIX y XX dichos Estados oscilaban entre períodos de gobiernos democráticos mínimos y períodos de dictadura, como efectivamente fue el caso de algunos Estados de Europa occidental, como Portugal, España y Grecia. La compatibilidad entre la democracia y el capitalismo buscada tanto por el demoliberalismo como por el demosocialismo fue en realidad exclusiva de algunos países —e incluso en Europa tuvo que ceder al fascismo en Italia, al nazismo en Alemania, al franquismo en España, al salazarismo en Portugal, etc.— Las formas inclusivas de la ciudadanía política y social (Estados de bienestar) han sido más la excepción que la regla. Del mismo modo, a la escala global, el derecho, como el derecho estatal, ha jugado un papel mínimo en la gestión de la tensión entre la regulación y la emancipación social. Con mucho la revolución, tanto como estrategia política de la oposición y como modalidad estatal no liberal, jugó un papel mucho más significativo durante el siglo XX.

La peculiaridad histórica de mi pregunta e investigación en apariencia totalmente abarcadora debería ya ser evidente. ¿Por qué debo entonces proseguir? ¿Y cómo? Mantengo que la historia de mi pregunta inicial es probablemente más occidental que su futuro. En los últimos veinte años, la globalización hegemónica neoliberal y la desaparición del bloque socialista han interrumpido de diversas formas tanto las historias jurídico-políticas occidentales como las no occidentales, creando de esta manera un vacío institucional que está llenándose globalmente por parte de una versión específica de la política occidental —el conservadurismo—. Tanto el reformismo legal como la revolución social se han visto desacreditados, así como otras modalidades político-jurídicas que existen fuera de Europa occidental y del Atlántico Norte. Por otra parte, cualquier intento de articular

alternativas al consenso hegemónico se ha suprimido rápida y eficientemente. Tal consenso, está de hecho constituido por cuatro consensos sectoriales que están interrelacionados: el consenso económico neoliberal, el consenso del Estado débil, el consenso democrático-liberal y el consenso del Estado de derecho y de la reforma judicial.

Para desarrollar aquí mi razonamiento —es decir, para responder a la pregunta de por qué se ha de proseguir con la investigación: ¿puede el derecho ser emancipatorio?— es importante tener presente que la globalización jurídica neoliberal en curso está reemplazando la tensión muy politizada entre la regulación y la emancipación social por una concepción despolitizada del cambio social cuyo único criterio es el Estado de derecho y la adjudicación judicial por parte de un poder judicial honesto, independiente, predecible y eficiente. El derecho que prevalece en este modelo no es el derecho reformador ni en su versión demoliberal ni en la demosocialista. El derecho conservador neoliberal simplemente establece el marco dentro del cual una sociedad civil basada en el mercado funciona y florece, mientras que el poder judicial garantiza que el Estado de derecho está ampliamente aceptado y se aplica efectivamente. Al fin y al cabo, las necesidades jurídicas y judiciales de un modelo de desarrollo basado en el mercado son bastante sencillas: los costes de transacción se tienen que rebajar, los derechos de propiedad deben definirse y protegerse claramente, las obligaciones contractuales tienen que ejecutarse y tiene que disponerse un marco jurídico minimalista.

En suma, la globalización hegemónica neoliberal alcanzó un paradigma jurídico y político de ámbito global. Inspirado por una visión muy selectiva de la tradición occidental, se está imponiendo por todo el sistema mundial. Esto significa que la cuestión de la relación entre el derecho y la emancipación social, aunque haya sido históricamente occidental, puede que ahora se convierta en una cuestión global, una que encajaría en la agenda científica y política de países occidentales y no occidentales, y de países centrales, semiperiféricos y periféricos.

Evidentemente, para que ello ocurra, es necesario extenderse más allá de los límites de la globalización neoliberal. Mientras que el Estado de derecho y la reforma judicial son hoy en día temas de debate a lo largo de

todo el sistema mundial, cualquier discusión sobre la emancipación social se está suprimiendo por parte de la globalización neoliberal puesto que, según sus términos, el buen orden y la buena sociedad están ya aquí con nosotros y solamente necesitan consolidarse. La cuestión del papel del derecho en ocasionar la emancipación social es actualmente una cuestión contrahegemónica que se ha de llevar a cabo por las fuerzas sociales que de un extremo a otro del sistema mundial luchan contra la globalización hegemónica neoliberal. En efecto, esta —mientras ha propagado por todo el globo el mismo sistema de dominación y exclusión— ha creado las condiciones para que las fuerzas, organizaciones y movimientos contrahegemónicos ubicados en los lugares más dispares del globo visualicen los intereses comunes muy por encima de las muchas diferencias que les separan y converjan en luchas contrahegemónicas que incorporen proyectos sociales separados pero relacionados.

Mi investigación se basa precisamente en la premisa sobre la distinción entre la globalización neoliberal o la globalización desde arriba, por un lado, y la globalización contrahegemónica o globalización desde abajo, por otro, en mi opinión la cuestión del potencial emancipatorio del derecho se puede afrontar adecuadamente analizando la dimensión jurídica de tales luchas globales contrahegemónicas. Esta es la tarea que asumo en la última parte de este texto. Así, la pregunta es plausible y su respuesta puede ser una posibilidad prometedora para repensar el potencial emancipatorio del derecho bajo las condiciones de la globalización.

Sin embargo, queda todavía por ver cómo se abordará la cuestión. Aquí también es crucial para mi argumento distinguir entre las formas hegemónica y contrahegemónica de globalización jurídica. Para formular la pregunta de forma que no se frustre la posibilidad de una globalización jurídica contrahegemónica es imprescindible desoccidentalizar la concepción del derecho que dirigirá la investigación. Esto implica el radical despensar del derecho, esto es, reinventar el derecho de forma que encaje con las reivindicaciones normativas de grupos sociales subalternos y sus movimientos y organizaciones que luchan por alternativas a la globalización neoliberal.

Como mostraré abajo, tal reinención del derecho implica una búsqueda en las concepciones y prácticas subalternas, de las cuales distingo

tres tipos: 1) concepciones y prácticas que, aunque sean parte de la tradición occidental y evolucionen en países occidentales, fueron suprimidas o marginalizadas por las concepciones liberales que llegaron a dominar; 2) concepciones que evolucionaron fuera de Occidente, principalmente en las colonias y más tarde en los Estados poscoloniales; 3) concepciones y prácticas que hoy en día se proponen por organizaciones y movimientos que son activos en formular formas de globalización contrahegemónica. En suma, en una época de transición paradigmática lejos de la modernidad dominante, la modernidad subalterna nos proporciona algunas de las herramientas que nos permitirán seguir transitando en una dirección progresista, es decir, en la dirección de un buen orden y de una buena sociedad que todavía no tenemos.

Para capturar completamente tanto el potencial como los obstáculos a la consolidación de tales prácticas cosmopolitas subalternas, es necesario analizar brevemente el contexto social, político y económico que la globalización neoliberal ha producido y en el que se han de desplegar prácticas subalternas.

IV. La muerte del contrato social y la ascensión del fascismo social

4.1. La exclusión social y la crisis del moderno contrato social

El contrato social —con su criterio de inclusión y exclusión y sus principios metacontractuales— ha presidido la organización de la vida económica, política y cultural de las sociedades modernas. Durante los últimos veinte años, este paradigma social, político y cultural ha estado experimentando un período de gran turbulencia que afecta no solo a sus dispositivos operativos, sino también a sus presupuestos. En efecto, la turbulencia es de tal intensidad que ha producido una auténtica crisis del contrato social. Semejante crisis es uno de los rasgos más distintivos de la transición paradigmática.

Como he argumentado en otro lugar (Santos, 1998b), el contrato social se basa en tres postulados: un régimen general de valores, un sistema de medidas y un espacio-tiempo privilegiado. La crisis del contrato

social se puede detectar en cada uno de estos postulados. El *régimen general de valores* se basa en la idea del bien común y de la voluntad general. Estos son principios mediante los cuales las sociabilidades individuales y las prácticas sociales se agrupan. Así, es posible designar como “sociedad” al universo de interacciones autónomas y contractuales entre individuos libres e iguales.

Tal régimen parece hoy en día incapaz de resistir la creciente fragmentación de la sociedad, dividida en muchos *apartheid*, polarizada a lo largo de muchos ejes económicos, sociales, políticos y culturales. La lucha por el bien común parece estar perdiendo su significado y en consecuencia lo mismo le ocurre a la lucha por las definiciones alternativas del bien común. La voluntad general parece haberse convertido en una proposición absurda. Bajo estas circunstancias, algunos autores incluso hablan del fin de la sociedad. El nuestro es un mundo posfoucaultiano y de repente nos damos cuenta, retrospectivamente, de cuán organizado era el mundo de Foucault. Según Foucault, en las sociedades modernas coexisten dos modos principales de poder social: por un lado, el poder disciplinario, el dominante, centrado alrededor de las ciencias, y por el otro, el poder jurídico, centrado alrededor del Estado y el derecho y en un proceso de deterioro. En la actualidad, estos poderes coexisten junto a muchos otros y ellos mismos están fragmentados y desorganizados. El poder disciplinario es cada vez más un poder no disciplinario, hasta el punto que las ciencias pierden su confianza epistemológica y se les fuerza a compartir el campo de conocimiento con saberes rivales —como los saberes indígenas en el caso de las luchas contemporáneas alrededor de la biodiversidad— que a su vez son capaces de generar diferentes tipos de poder y resistencia. Por otro lado, al perder el Estado su centralidad en regular la sociedad su derecho se vuelve laberíntico. Tal derecho se vuelve desorganizado al ser forzado a coexistir con el derecho no oficial de múltiples legisladores no estatales de hecho, quienes en virtud del poder político de que disponen, transforman la facticidad en norma, compitiendo con el Estado por el monopolio de la violencia y del derecho. La aparentemente caótica proliferación del poder vuelve difícil la identificación de enemigos, algunas veces incluso la identificación de las propias víctimas.

Por otra parte, los valores de la modernidad —libertad, igualdad, autonomía, subjetividad, justicia, solidaridad— así como las antinomias

entre ellos permanecen, pero están sometidos a una creciente sobrecarga simbólica porque de forma creciente significan cosas cada vez más dispares para diferentes personas o grupos sociales, con el resultado de que el exceso de significado se convierte en trivialización, y de ahí en neutralización.

La turbulencia de nuestra época actual es perceptible especialmente en el segundo postulado del contrato social, *el sistema común de medidas*. El sistema común de medidas se basa en una concepción del tiempo y espacio como entidades homogéneas, neutrales y lineales que funcionan como los mínimos comunes denominadores para la definición de diferencias relevantes. A partir de esta concepción, es posible, por un lado, separar la naturaleza de la sociedad, y por otro lado, establecer un medio cuantitativo de comparación entre interacciones sociales globales altamente diferenciadas. Sus diferencias cualitativas son o ignoradas o reducidas a indicadores cuantitativos que consiguen explicarlos de forma aproximada. El dinero y las mercancías son las concretizaciones más puras del sistema común de medidas. A través de ellos, el trabajo, los salarios, los riesgos y los daños son fácilmente medibles y comparables.

Pero el sistema común de medidas va mucho más allá del dinero y las mercancías. En virtud de las homogeneidades que crea, el sistema común de medidas incluso permite establecer correspondencias entre valores antagónicos. Por ejemplo, entre la libertad y la igualdad es posible definir criterios de justicia social, redistribución y solidaridad. El presupuesto es que las medidas sean comunes y funcionen por correspondencia y homogeneidad. Por ello la solidaridad solamente es posible entre iguales, siendo su concretización más perfecta la solidaridad entre trabajadores.

El tiempo y el espacio neutral, lineal y homogéneo hace ya tiempo que han desaparecido de las ciencias pero es ahora cuando su desaparición ha comenzado a crear diferencias en la vida diaria y en las relaciones sociales. La turbulencia que actualmente afecta las escalas en las que estamos acostumbrados a observar e identificar fenómenos, conflictos y relaciones*. Como cada uno de ellos es el resultado de la escala desde la que los observamos, la turbulencia de escalas produce extrañeza, desfamiliarización, sorpresa, perplejidad e invisibilidad. En mi opinión, un ejemplo claro de la turbulencia de escalas se halla en el fenómeno de la violencia urbana en

* Sobre el concepto de turbulencia de escalas, véase Santos, 2005d: 124.

Brasil, que también se puede encontrar en otras partes alrededor del mundo (Santos, 1998b). Cuando un niño sin techo busca un refugio para pasar la noche y, como consecuencia, le mata la Policía, o cuando un mendigo le pide limosna a alguien en la calle que se niega a darla y, como consecuencia, es asesinado por el mendigo, lo que sucede es una explosión imprevista de la escala del conflicto: un fenómeno aparentemente trivial de repente sube a otro nivel y se transforma en un fenómeno dramático con consecuencias fatales. Este cambio abrupto e impredecible de la escala del fenómeno ocurre hoy en día en los más diversos ámbitos de práctica social. Siguiendo a Prigogine (1980 y 1997), opino que nuestras sociedades están experimentando un período de bifurcación, es decir, una situación de inestabilidad sistemática en la que un cambio menor puede provocar, de una manera caótica e impredecible, transformaciones cualitativas. La turbulencia de escalas destruye secuencias y posibilidades de realizar comparaciones, reduciendo de este modo alternativas, generando impotencia o promoviendo pasividad.

La estabilidad de escalas parece estar limitada al mercado y consumo, e incluso ahí con mutaciones radicales de ritmo y ámbitos que imponen en los actos de comercio constantes transformaciones de perspectiva. La hipervisibilidad y gran velocidad de las mercancías intensamente publicitadas transforman la intersubjetividad solicitada por los consumidores en interobjetualidad entre actos de consumo. En otras palabras, los consumidores se convierten en soportes nómadas de los productos. La misma transformación constante de perspectiva está también sucediendo en la información y en las tecnologías de telecomunicación, en que la turbulencia de escala es efectivamente el acto generador y la condición de funcionalidad. Aquí, la creciente interactividad de las tecnologías dispensa cada vez más la capacidad de invención de los usuarios, resultando como consecuencia que la interactividad se convierta subrepticamente en interpasividad. Hacer *zapping* es probablemente un ejemplo elocuente de la interpasividad haciéndose pasar por interactividad.

Por último, el *espacio-tiempo del Estado nacional* está perdiendo primacía debido a la creciente importancia de los espacios-tiempos globales y locales que compiten con él. Esta desestructuración del espacio-tiempo del Estado nacional también sucede en los niveles de ritmos, duraciones

y temporalidades. El espacio-tiempo del Estado nacional está compuesto de marcos temporales diferentes pero compatibles y articulados: el marco temporal de las elecciones, el marco temporal de la negociación colectiva, el marco temporal de los tribunales, el de la burocracia de la seguridad, el marco temporal de la memoria histórica nacional, etc. La coherencia entre estas temporalidades es lo que otorga al espacio-tiempo del Estado nacional su configuración propia. Ahora bien, esta coherencia se está volviendo más y más problemática porque el impacto producido por el espacio-tiempo global y local varía de un marco temporal a otro. Por ejemplo, el marco temporal de los tribunales tiende a estar menos afectado por el espacio-tiempo global que el marco temporal de la negociación colectiva. Por otra parte, el espacio-tiempo local, en los EE.UU., afecta más al marco temporal dentro del cual funciona el sistema de seguridad social — dada la reciente “devolución” de las funciones de bienestar a los Estados y comunidades locales— que al marco temporal de la política electoral, mientras que en Europa parece ocurrir lo contrario, tal como se ilustra por las nuevas iniciativas de democracia local en España, Francia o Alemania.

Además, son cada vez más importantes los marcos temporales o ritmos que son totalmente incompatibles con la temporalidad del Estado nacional en general. Merece la pena mencionar específicamente dos de ellos. El *tiempo instantáneo* del ciberespacio por un lado, y el *tiempo glacial* de la degradación ecológica, la cuestión indígena y la biodiversidad, por otro lado. Cualquiera de las dos temporalidades choca de frente con la temporalidad política y burocrática del Estado. El tiempo instantáneo de los mercados financieros excluye cualquier deliberación o regulación de parte del Estado. La reducción de esta temporalidad solamente se puede obtener al nivel de la escala en la que ocurre, la escala global, y por lo tanto a través de acciones internacionales.¹⁶ Por otra parte, el tiempo glacial es demasiado lento como para ser compatible con cualquiera de los marcos temporales del Estado nacional, especialmente con los de la política electoral

16 Con el propósito específico de reducir el tiempo instantáneo de los mercados financieros a fin de crear tiempo para la deliberación democrática, los movimientos sociales que persiguen una globalización contrahegemónica han estado proponiendo la adopción de la “Tasa Tobin”.

y de los tribunales. En realidad, las recientes yuxtaposiciones del tiempo del Estado y del tiempo glacial han sido poco más que intentos por parte del tiempo del Estado de canibalizar y recharacterizar el tiempo glacial. Solo se debe tener en cuenta cómo se ha manejado la cuestión indígena en muchos países, o cómo la reciente ola global de leyes nacionales sobre derechos de patentes y de propiedad intelectual ha influido en el asunto de la biodiversidad.

Puesto que hasta ahora ha existido el espacio-tiempo hegemónico, el espacio-tiempo del Estado nacional configura no solo la acción del Estado sino también prácticas sociales en general, sobre las que también rebota la competencia entre el tiempo instantáneo y el tiempo glacial. Por ejemplo, tanto la volatilidad de los mercados financieros como el calentamiento del planeta ocasionan crisis que tienen impacto en la política y legitimidad del Estado precisamente por la inadecuación de las respuestas del Estado. Como en el caso de la turbulencia de escala, tanto el tiempo instantáneo como el tiempo glacial convergen, de diferentes formas, para reducir alternativas, generar impotencia y promocionar pasividad. El tiempo instantáneo colapsa las secuencias en un presente infinito que trivializa las alternativas por su multiplicación tecno-lúdica, fundiéndolas en variaciones del mismo. El tiempo glacial, por el contrario, crea una distancia tan amplia entre alternativas reales —desde modelos de desarrollo alternativo a alternativas de desarrollo— que estas dejan de ser medidas y susceptibles de ser contrapesadas y acaban desviándose para sistemas de referencia incommunicables.¹⁷ El mismo enfrentamiento entre el tiempo glacial y el tiempo del Estado nacional crea la necesidad urgente de una alternativa global al desarrollo capitalista e imposibilita imaginárselo y mucho menos optar por él.

Es, sin embargo, en el nivel de los dispositivos operacionales del contrato social donde los signos de la crisis de este paradigma son más visibles. No obstante, a primera vista, la situación actual, lejos de prefigurar una crisis del contrato social, más bien se caracteriza por una consolidación sin precedentes del mismo. Con anterioridad nunca se había hablado tanto de

17 En relación con este tema en general y sobre las posibilidades de imaginarse un desarrollo alternativo y alternativas al desarrollo, véase Santos y Rodríguez-Garavito, 2003.

la contractualización de las relaciones sociales, las relaciones laborales, las relaciones de seguridad social y las asociaciones del Estado con organizaciones sociales. Pero esta nueva contractualización tiene poco que ver con la contractualización fundada en la moderna idea del contrato social. En primer lugar, a diferencia del contrato social, los nuevos vínculos contractuales no tienen ninguna estabilidad y se pueden romper en cualquier momento por cualquiera de las partes. No es una opción radical; es más bien una opción trivial. El “bloque histórico” que en su día se necesitó para amparar las condiciones y objetivos del contrato social se ha separado y reemplazado por una multitud de contratos cuyas condiciones y objetivos continúan siendo un asunto privado. En segundo lugar, la contractualización neoliberal no reconoce el conflicto y la lucha como elementos estructurales del pacto social. Por el contrario, los reemplaza por consentimiento pasivo a condiciones supuestamente universales estimadas insuperables. Véase el llamado Consenso de Washington. Si efectivamente es un contrato social, solamente ocurre entre los países capitalistas centrales. Para todas las otras sociedades nacionales, se presenta como un conjunto de condiciones inexorables para la aceptación acrítica bajo pena de exclusión implacable. Lo que más tarde sostiene los contratos individuales del derecho civil son precisamente estas condiciones globales insuperables no contractualizadas.

Por todas estas razones, la nueva contractualización corresponde a un contrato falso, una mera apariencia de un compromiso constituido por condiciones, tan costosas como inevitables e impuestas sin haberse debatido por la parte más débil. Bajo la apariencia de un contrato, la nueva contractualización prefigura la reemergencia del estatus, esto es, de los principios del orden jerárquico premoderno en el que las condiciones de las relaciones sociales estaban directamente vinculadas a la posición de las partes en la jerarquía social. Pero no está en cuestión un retorno al pasado. En realidad, el estatus es en la actualidad una mera consecuencia de la enorme desigualdad del poder económico entre las partes —ya sean Estados o individuos en el contrato individual, así como la capacidad con la que tal desigualdad en ausencia de la regulación correctiva del Estado— dota a la parte más fuerte para que imponga sin discusión las condiciones que son más favorables para ella. El nuevo contractualismo se reproduce a sí mismo por medio de términos contractuales sumamente injustos.

La crisis de la moderna contractualización consiste en el predominio estructural de los procesos de exclusión sobre los de inclusión. Los últimos están todavía vigentes e incluso asumen modalidades avanzadas que permiten la mínima reconciliación de los valores de la modernidad, pero que se limitan a sí mismos a grupos cada vez más restrictivos que imponen formas abismales de exclusión sobre grupos mucho más grandes. El predominio de los procesos de exclusión adopta dos modalidades aparentemente contradictorias: el poscontractualismo y el precontractualismo. El poscontractualismo es el proceso mediante el cual grupos e intereses sociales que hasta ahora estaban incluidos en el contrato social se excluyen de este sin ninguna posibilidad de retorno. Los derechos de ciudadanía, hasta el momento considerados inalienables, se confiscan y, sin ellos, los excluidos pasan de ser ciudadanos a ser siervos. Este es el caso, por ejemplo, de aquellos excluidos del reducido sistema de bienestar en los países del centro del sistema mundo. El precontractualismo consiste en bloquear el acceso a la ciudadanía de los grupos sociales que anteriormente se consideraban candidatos a ésta y tenían una expectativa razonable de acceder a ella. Este es el caso, por ejemplo, de las clases populares en la semiperiferia y en la periferia.

Así, las exclusiones ocasionadas tanto por el poscontractualismo como por el precontractualismo son radicales e insuperables, hasta el punto que aquellos que las sufren, aunque sean formalmente ciudadanos, están de hecho excluidos de la sociedad civil y han sido arrojados a un nuevo estado de naturaleza. En la sociedad posmoderna de comienzos del siglo pasado, el estado de naturaleza consiste en la ansiedad permanente frente al presente y al futuro, en la pérdida de control inminente sobre las expectativas y en el caos permanente en relación con los actos más simples de supervivencia y de convivencialidad.

Ya sea por la vía del poscontractualismo o por la del precontractualismo, la intensificación de la lógica de exclusión crea nuevos estados de naturaleza: la precariedad de la vida y la servidumbre generada por la ansiedad permanente de los trabajadores asalariados en relación con la cantidad y continuidad del trabajo, por la ansiedad de aquellas personas sin empleo en busca de empleo o de aquellos que ni siquiera reúnen condiciones mínimas para la búsqueda de empleo, por la ansiedad de

los trabajadores autónomos respecto a la continuidad de un mercado que ellos mismos han de crear cada día para asegurar la continuidad de sus ingresos, y por último, por la ansiedad de los trabajadores inmigrantes “sin papeles”, que carecen de cualquier derecho social. La estabilidad a la que se refiere el consenso neoliberal es siempre la estabilidad de las expectativas de los mercados y de las inversiones, nunca las expectativas de la gente trabajadora. En efecto, la estabilidad de los mercados e inversiones solamente se consigue a costa de la inestabilidad de las expectativas de las personas.

Por todas estas razones, el trabajo sustenta cada vez menos la ciudadanía, y viceversa, cada vez más la ciudadanía deja de sustentar el trabajo. Al perder su estatus político de producto y productor de la ciudadanía, el trabajo se reduce al dolor de la existencia, tanto cuando existe por ser un trabajo estresante como cuando no existe por el paro degradante. Esta es la razón por la que el trabajo, aunque domine cada vez más las vidas de las personas, esté desapareciendo de las referencias éticas sobre las que se asientan la autonomía y autoestima de los individuos.

En términos sociales, el efecto acumulativo del precontractualismo y del postcontractualismo es la emergencia de una subclase de excluidos, que es mayor o menor según la posición central o periférica de una determinada sociedad en el sistema mundial. Esta subclase marginada se compone tanto de grupos sociales atrapados en una movilidad social descendiente trabajadores no cualificados, desempleados, trabajadores inmigrantes, minorías étnicas como de grupos sociales para los cuales la posibilidad del trabajo dejó de ser una expectativa realista, o nunca lo fue; por ejemplo, los parados de larga duración, los jóvenes con dificultades para acceder al mercado laboral, las personas discapacitadas, un gran número de campesinos pobres en América Latina, África y Asia.

Esta clase excluida asume en los países centrales la forma de un Tercer Mundo interior, el llamado tercio inferior en la sociedad de dos tercios. En Europa, hay 18 millones de parados y más de 52 millones de personas por debajo de la línea de pobreza; un 10% de la población tiene alguna discapacidad física o mental que dificulta su integración social. En los Estados Unidos, William Julius Wilson (1987) ha propuesto la tesis de la subclase para caracterizar a los afroamericanos de los guetos urbanos,

afectados por el declive industrial y la desertización económica de los centros de las ciudades. Wilson define la subclase en función de seis características principales: residencia en espacios socialmente aislados de las otras clases; falta de empleo durante un largo período; familias monoparentales encabezadas por mujeres; falta de cualificación o formación profesional; largos períodos de pobreza y de dependencia de la seguridad social; y la tendencia a involucrarse en actividades delictivas, como la violencia callejera. Esta clase se extendió considerablemente entre los años setenta y ochenta y, trágicamente, está cada vez más compuesta de gente joven. El porcentaje de pobres menores de 18 años en 1970 era de un 15% y en 1987 de un 20%, siendo el aumento de la pobreza infantil especialmente dramático. El carácter estructural de la exclusión, y por tanto, de los obstáculos a la inclusión a la que está sometida esta clase se puede observar en el hecho de que, aunque los afroamericanos han mostrado haber alcanzado un extraordinario perfeccionamiento educativo entre generaciones, tal logro no les ha permitido obtener puestos de trabajo estables, a tiempo completo. Según Lash y Urry, esto se debe, fundamentalmente, a tres factores: la disminución del empleo industrial en la economía en general; la fuga del remanente de empleo desde los centros a las periferias de las ciudades; y la redistribución del empleo según los distintos tipos de áreas metropolitanas (1996: 151). En la periferia y la semiperiferia, la clase de los excluidos suma más de la mitad de la población de los países y las causas de exclusión son incluso más contundentes: aparte de una pequeña elite con raíces cada vez más débiles en sus países, los únicos que se ahorraron de la quiebra de las expectativas son aquellos que no poseen expectativa alguna.

El crecimiento estructural de la exclusión social, ya sea por la vía del precontractualismo o del poscontractualismo, y la consiguiente extensión del estado de naturaleza, que no permite escapar (*opting-out*) a ningún individuo o colectivo, indican una crisis paradigmática, histórica, que algunos denominan desmodernización o contramodernización. Esta situación conlleva, por lo tanto, muchos riesgos. Este es, en efecto, el fenómeno al que Beck se ha referido como el surgimiento de “la sociedad del riesgo” (1999) o de la “Brasileñización” (2000) del mundo. La cuestión es si tal situación abarca alguna oportunidad para sustituir el

viejo contrato social de la modernidad por otro, menos vulnerable a la proliferación de la lógica de la exclusión.

4.2. El surgimiento del fascismo social

Analizaré en primer lugar los riesgos. A mí entender, pueden en realidad resumirse en uno solo: *el surgimiento del fascismo social*. Con ello no se está hablando de un regreso al fascismo de los años treinta y cuarenta del siglo pasado. A diferencia del anterior, el fascismo actual no es un régimen político. Es más bien un régimen social y civilizacional. En lugar de sacrificar la democracia ante las exigencias del capitalismo, trivializa la democracia hasta tal punto que ya resulta innecesario, ni siquiera conveniente, sacrificar la democracia a fin de promocionar el capitalismo. Se trata de un tipo de fascismo pluralista producido por la sociedad en lugar del Estado. El Estado es aquí un testigo complaciente, o al menos un culpable activo. Estamos entrando en un período en el que los Estados democráticos coexisten con las sociedades fascistas. Este es, por lo tanto, un tipo de fascismo que nunca había existido.

Distingo cuatro clases principales de fascismo social. La primera es el *fascismo del apartheid social*. Es decir, la segregación social de los excluidos mediante la división de ciudades en zonas salvajes y zonas civilizadas. Las zonas salvajes son las zonas del estado de naturaleza de Hobbes. Las zonas civilizadas son las zonas del contrato social, y viven bajo la amenaza constante de las zonas salvajes. Para defenderse a sí mismas, las zonas civilizadas se convierten en castillos neofeudales, enclaves fortificados que son característicos de las nuevas formas de segregación urbana: urbanizaciones privadas, condominios cerrados, comunidades amuradas. La división entre zonas salvajes y civilizadas en las ciudades alrededor del mundo —incluso en “ciudades globales” como Nueva York o Londres que, como ha mostrado Sassen (2001), son los nódulos de la economía global— está volviéndose un criterio general de sociabilidad, un nuevo espacio-tiempo hegemónico que atraviesa todas las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, y que es, por lo tanto, común a la acción estatal y no

estatal. En relación al Estado, la división agrega un doble criterio de acción estatal en las zonas salvajes y civilizadas. En las zonas civilizadas, el Estado actúa de forma democrática, como un Estado protector, incluso si en ocasiones es ineficiente y poco fiable. En las zonas salvajes, el Estado actúa de una manera fascista, como un Estado predador, sin ningún respeto, ni siquiera en apariencia, por el Estado de derecho.¹⁸

La segunda clase de fascismo social es el *fascismo paraestatal*. Se refiere a la usurpación de las prerrogativas del Estado (como la coerción y regulación social) por parte de actores sociales muy poderosos que, frecuentemente con la complicidad del mismo Estado, o bien neutralizan o bien suplantán el control social producido por el Estado. El fascismo paraestatal tiene dos dimensiones: el fascismo contractual y el fascismo territorial.

El *fascismo contractual* en las situaciones, ya descritas, en las que la discrepancia de poder entre las partes en el contrato civil es tal que la parte más débil, presentada como más vulnerable por no tener ninguna alternativa, acepta las condiciones impuestas por la parte más fuerte, por muy costosas y despóticas que sean. El proyecto neoliberal de convertir el contrato de trabajo en un contrato de derecho civil como cualquier otro presagia una situación de fascismo contractual. Esta clase de fascismo se da hoy en día con frecuencia en políticas dirigidas a “flexibilizar” los mercados de trabajo o a privatizar los servicios públicos. En tales casos, el contrato social que regía la producción de servicios públicos en el Estado de bienestar y en el Estado desarrollista se reduce al contrato individual entre consumidores y proveedores de servicios privatizados. Esta reducción conlleva la eliminación del ámbito contractual de aspectos decisivos de la protección de consumidores, que, por esta razón, se convierten en extracontractuales. Estas son las situaciones en que la connivencia entre el Estado democrático y el fascismo paraestatal es más evidente. Al exigir prerrogativas extracontractuales las agencias fascistas, paraestatales, asumen funciones de regulación social que anteriormente se llevaban a cabo por el Estado. El Estado, bien implícita o explícitamente, subcontrata agencias paraestatales para llevar a cabo estas funciones y, al hacerlo sin la

18 Una buena ilustración de esta dinámica es el estudio de Caldeira sobre las diferencias geográficas y sociales en São Paulo. Véase Caldeira, 2000.

participación o control de los ciudadanos, se convierte en cómplice de la producción del fascismo social paraestatal.

La segunda dimensión del fascismo paraestatal es el *fascismo territorial*. Tiene lugar siempre que actores sociales con enormes cantidades de capital se disputan el control del Estado sobre los territorios donde actúan, o neutralizan ese control al cooptar o coaccionar a las instituciones del Estado y al ejercer la regulación social sobre los ciudadanos del territorio, sin que estos participen y en contra de sus intereses. Se trata de los nuevos territorios coloniales dentro de los Estados que son con frecuencia estados poscoloniales. Algunos de estos territorios son reinversiones del viejo fenómeno del *coronelismo* o *caciquismo* mientras que otros son nuevos enclaves territoriales cerrados a la intervención estatal autónoma y regulados por pactos entre actores sociales armados.¹⁹

La tercera clase de fascismo social es el *fascismo de la inseguridad*. Consiste en la manipulación discrecional del sentido de la inseguridad de las personas y grupos sociales vulnerables debido a la precariedad del trabajo o a causa de accidentes o eventos desestabilizadores. Esto resulta en una ansiedad crónica e incertidumbre frente al presente y el futuro para gran número de personas, quienes de esta manera reducen radicalmente sus expectativas y se muestran dispuestos a soportar enormes cargas para conseguir reducciones mínimas de riesgo e inseguridad. En lo que respecta a esta clase de fascismo, el *Lebensraum* —el “espacio vital” reivindicado por Hitler para el pueblo alemán, que justificó sus anexiones— de los nuevos *Führers* representa la intimidad de las personas y su ansiedad e inseguridad con respecto al presente y al futuro. Funciona al poner en movimiento el doble juego de ilusiones retrospectivas y prospectivas, y es hoy en día especialmente obvio en el dominio de la privatización de los servicios sociales, tales como la salud, la seguridad social, la educación y la vivienda. Las ilusiones retrospectivas consisten en recalcar la memoria de la inseguridad en este aspecto y en la ineficiencia de la burocracia estatal en proveer la seguridad social. Las ilusiones prospectivas, a su vez, se dirigen a crear horizontes de seguridad y bienestar producidas en el

19 Este es el caso, por ejemplo, de las milicias populares en Medellín (Colombia) y de los grupos de mineros de esmeraldas en la parte occidental de Boyacá, Colombia. Véase Gutiérrez y Jaramillo, 2004.

sector privado y sobrevaloradas por la ocultación de algunos de los riesgos y las condiciones para la provisión de los servicios. Estas ilusiones prospectivas proliferan hoy en día sobre todo en la modalidad de seguros de salud y de fondos de pensiones privados.

La cuarta clase de fascismo social es el *fascismo financiero*. Esta es quizás la clase más atroz de sociabilidad fascista y requiere, por lo tanto, análisis más detallados. Es el tipo de fascismo que controla los mercados financieros y su economía de casino. Es la más pluralista en el sentido de que los flujos de capital son el resultado de las decisiones de inversores individuales o institucionales esparcidos por todo el mundo y que no tenían nada en común excepto el deseo de maximizar sus activos. Precisamente porque es la más pluralista, es también la clase de fascismo más cruel, puesto que su espacio-tiempo es el más adverso a cualquier clase de intervención democrática y deliberación. En este aspecto, es muy significativa la contestación del inversor financiero cuando se le preguntó qué consideraba por largo plazo: “para mí, un plazo largo son los próximos diez minutos”. Este espacio-tiempo virtualmente instantáneo y global junto a la lógica especulativa del lucro que lo sustenta, confiere un enorme poder discrecional al capital financiero, suficientemente fuerte como para debilitar, en cuestión de segundos, la economía real o la estabilidad política de cualquier país. El ejercicio del poder financiero es totalmente discrecional y las consecuencias para aquellos a los que les afecta —algunas veces, naciones enteras— pueden resultar aplastantes.

La crueldad del fascismo financiero consiste en que se ha convertido en el modelo y el criterio operacional de las instituciones de regulación global. Menciono tan solo uno de ellos: las agencias de calificación, las agencias que están certificadas internacionalmente para evaluar la situación financiera de los diferentes Estados y los riesgos y oportunidades que pueden ofrecer a los inversores extranjeros. Las calificaciones que otorgan —que en el caso de Moody’s²⁰ puede ir de la Aaa a la C, con 19 calificaciones intermedias— son decisivas para determinar las condiciones bajo las cuales un determinado país o empresa en dicho país puede acceder a

20 Moody es una de las seis agencias de calificación certificada por la Securities and Exchange Commission; las otras son Standard and Poor, Fitch Investors Services, Duff and Phelps, Thomas Back Watch y IBCA.

un crédito internacional. Cuanta más alta sea la calificación, mejores serán las condiciones. Estas compañías tienen un poder extraordinario. Según Thomas Friedman, “el mundo de la posguerra fría tiene dos superpotencias, los Estados Unidos y Moody’s”. Friedman justifica este enunciado al añadir: “si es cierto que los Estados Unidos de América pueden aniquilar un enemigo al utilizar su arsenal militar, la agencia de *rating* financiero Moody’s posee la capacidad de estrangular financieramente a un país con otorgarle una mala calificación” (Warde, 1997: 10-11). El poder discrecional de estas agencias es incluso mayor porque tienen la prerrogativa de realizar evaluaciones no solicitadas por los países o empresas en cuestión.

En todas estas clases, el fascismo social es un régimen caracterizado por las relaciones sociales y las experiencias de vida bajo relaciones de poder e intercambios extremadamente desiguales, que se dirigen a formas de exclusión particularmente severas y potencialmente irreversibles. Semejantes clases de exclusión social existen tanto dentro de las sociedades nacionales (el sur interior) y en las relaciones entre países (el sur global). La calidad de las sociabilidades que las sociedades permiten u otorgan a sus miembros depende del correspondiente peso del fascismo social en la constelación de diferentes regímenes sociales presentes en ellos. Y lo mismo se puede afirmar para las relaciones entre países.

4.3. El fascismo social y la producción de una sociedad civil estratificada

¿Cómo combatir el fascismo social? ¿Qué estrategias político-jurídicas serán las más efectivas para eliminarlo? Antes de abordar estas preguntas, identificaré brevemente el impacto del fascismo social en la dicotomía liberal Estado/sociedad civil, puesto que, como será evidente más adelante, tal dicotomía subyace tanto a los problemas como a las potenciales soluciones a los fascismos sociales. Esta parte tiene un enfoque más restringido y de más corto plazo, y el propósito de proporcionar orientaciones políticas, recorro por un momento al marco conceptual dominante mientras me desvío de él de manera significativa. Distingo tres tipos de sociedad civil: la sociedad civil íntima, la sociedad civil extraña y la sociedad civil incivil. Aunque solo sea por motivos gráficos podemos ubicar al

Estado en el centro de una determinada sociedad, siendo la *sociedad íntima* el círculo interior alrededor del Estado. Se compone de individuos y grupos sociales que disfrutan de altos niveles de inclusión social (hiperinclusión). Asumiendo que la idea de las tres generaciones de derechos humanos —los derechos civiles y políticos, socioeconómicos y culturales— es adecuada, aquellos incluidos en la *sociedad civil íntima* disfrutan de toda la gama de derechos. Pertenecen a la comunidad dominante que está muy estrechamente vinculada al mercado y a las fuerzas económicas que le gobiernan. Efectivamente, su intimidad con el Estado es tan grande que los incluidos en este escalón de la sociedad civil tienen acceso a recursos estatales o públicos muy por encima y más allá de lo que se puede obtener por cualquier política de derechos. La relación de esta sociedad civil con el Estado se puede describir como la privatización del Estado.

La *sociedad civil extraña* es el círculo intermedio alrededor del Estado. Las clases sociales o grupos incluidos en este tienen una mezcla de experiencias de vida de inclusión y exclusión social. La inclusión social es de una calidad baja o moderada y, por consiguiente, la exclusión social es atenuada por algunas redes de seguridad y no se percibe como irreversible. En relación con las tres generaciones de derechos humanos, se observa que aquellos que viven en la sociedad civil extraña pueden ejercer con más o menos libertad los derechos civiles y políticos pero tienen poco acceso a los derechos sociales y económicos, y mucho menos a los derechos culturales o “posmaterialistas”.

Por último, la *sociedad civil incivil* es el círculo externo habitado por aquellos que están completamente excluidos. Son los más invisibles socialmente. Este es el círculo del fascismo social y, en teoría, aquellos que lo habitan no pertenecen a la sociedad civil, puesto que son arrojados al nuevo estado de naturaleza. No poseen ninguna expectativa estabilizada porque en la práctica no tienen derechos.

Esta múltiple estratificación de la sociedad civil siempre ha caracterizado a las sociedades modernas. Se han distinguido (y distinguen) a sí mismas por el tamaño relativo de los diferentes círculos de las sociedades civiles. Mientras en los países del centro del sistema mundial el círculo más amplio ha tendido a ser el círculo intermedio (la sociedad civil extraña), que en términos de clase ha sido ocupado por las clases medias y más

bajas; en los países periféricos, el círculo externo (la sociedad civil incivil) ha tendido a abarcar la mayor parte de la población. En los últimos veinte años, la globalización hegemónica neoliberal ha creado un doble impacto decisivo en las dinámicas de la sociedad civil en sus múltiples estratos. Por un lado, el círculo intermedio, la sociedad civil extraña, se ha estado comprimiendo a través del sistema mundo en la medida que algunos de los que viven en ella han subido al interior del círculo mientras que la inmensa mayoría se ha bajado o se ve a sí misma en el proceso de pasar del círculo intermedio al círculo externo, a la sociedad civil incivil. Como resultado, tanto los países del centro y periferia como los de la semiperiferia, con independencia de las muchas diferencias que les separa, se han polarizado cada vez más entre formas de hiperinclusión y de hiperexclusión social. Por otra parte, como el modelo de desarrollo neoliberal se impone por todo el sistema mundo, la dinámica detrás de la hiperinclusión y de la hiperexclusión es cada vez más global. La exclusión de hoy en día está probablemente más directamente vinculada a políticas originadas en países centrales del Occidente (así como a las políticas excluidas por estos) de lo que lo estuvieron con el colonialismo o el imperialismo. La intervención en las economías y políticas en los países tanto periféricos como semiperiféricos dirigida por la globalización neoliberal no tiene precedentes en cuanto a su escala e intensidad y también en cuanto a la amplia coalición hegemónica global que la controla. Este hecho explica por qué la visión de raíz occidental de la realidad sociopolítica, exportada como un localismo globalizado a través del globo, es una visión eternamente “adecuada” de las estructuras dominantes de poder en diferentes países. Sin embargo, como reivindico abajo, esto también significa que el occidente subalterno puede aliarse más fácilmente al “resto” subalterno. Solamente será posible superar la jerarquía “Occidente/resto” a través de semejantes alianzas.

La tipología de las sociedades civiles mencionada arriba nos permite mostrar que, a pesar de la retórica ideológica que indica lo contrario, los discursos y prácticas jurídico-políticos permitidos por la globalización neoliberal son incapaces de enfrentarse al fascismo social y, por lo tanto, de abordar la “cuestión social” del crecimiento dramático de la sociedad civil incivil. En efecto, la reemergencia agresiva del conservadurismo ha

tenido un impacto decisivo en las otras dos ideologías aprobadas por el Estado liberal, el liberalismo y el demosocialismo. Ha conducido a la fusión de las dos, bajo el patrocinio del liberalismo. La doctrina que expresa ese tipo de hibridación política es lo que denomino demoliberalismo. La mejor expresión de semejante híbrido es la llamada Tercera Vía, propuesta por el Partido Laborista británico y teorizada por Anthony Giddens (1998). De hecho, aunque se presentara como la renovación de la social democracia, la Tercera Vía recupera la mayor parte de la agenda liberal y abandona la mayor parte de la agenda demosocialista.

Como defenderé, para enfrentarse al fascismo social con éxito y abordar las necesidades de la sociedad civil incivil se necesita otro derecho y otra política: el derecho y la política de la globalización contrahegemónica y del cosmopolitismo subalterno e insurgente.

V. Sobre el cosmopolitismo subalterno e insurgente

La globalización neoliberal, aunque sea la modalidad hegemónica de la globalización, no es la única. Por todo el mundo los grupos sociales, redes, iniciativas, organizaciones y movimientos locales, nacionales y transnacionales han sido activos a la hora de enfrentarse a la globalización neoliberal y de proponerle alternativas. Aparte de las luchas que son originalmente transnacionales, incluyo en este vasto conjunto de políticas confrontacionales luchas sociales que, aunque sean de ámbito local o nacional, están interconectadas de diferentes maneras con luchas paralelas en algún otro lugar. Juntas constituyen lo que denomino la globalización contrahegemónica.

Son contrahegemónicas no solo porque luchan contra los resultados económicos, sociales y políticos de la globalización hegemónica, sino porque cuestionan la concepción de interés general subyacente a la última y proponen una concepción alternativa. Para la globalización hegemónica la libre expansión del capitalismo global es el interés general y, como tal, legitimada para producir formas de exclusión social amplias, inevitables y, al final, positivas (porque promueven el crecimiento). Por el contrario, los movimientos y organizaciones contrahegemónicos reivindican que tal

exclusión social masiva atestigua el hecho de que los intereses del capital global, lejos de ser el interés general, son en efecto hostiles a este, dado que la exclusión social y especialmente su forma más extrema, el fascismo social, deniegan la dignidad humana básica y el respeto a grandes partes de la población a través del globo. El trato con dignidad y respeto son debidos a la humanidad, y para algunos, también a la naturaleza. Como tal, la idea del interés general exige la inclusión social y no se puede reconciliar con procesos de transformación social bajo la premisa de la inevitabilidad de la exclusión social.

La globalización contrahegemónica está por lo tanto centrada en la lucha contra la exclusión social, una lucha que en sus más amplios términos abarca, no solo poblaciones excluidas sino también la naturaleza. La erradicación del fascismo social es así el objetivo primordial y por lo tanto la sociedad civil incivilizada es la base social privilegiada de las luchas contrahegemónicas. Las últimas se proponen llegar a lo que he llamado la sociedad civil extraña, donde prevalecen las formas menos extremas de exclusión social.

La exclusión social es siempre el resultado de relaciones de poder desiguales, es decir, de cambios desiguales. Puesto que varias clases de poder circulan en la sociedad es inviable crear una teoría monolítica de exclusión social así como lo es traer todas las luchas contra ella bajo una única bandera. La globalización contrahegemónica es por lo tanto un proyecto plural. Aquí yace tanto su fortaleza como su debilidad. Tal pluralidad y diversidad no excluye la posibilidad de comunicación, de entendimiento mutuo y de cooperación entre las diferentes luchas. En efecto, el potencial y la viabilidad de la globalización contrahegemónica gira alrededor de esa posibilidad. Sin embargo, lo que es conseguido a través de la colaboración entre movimientos y organizaciones progresistas es menos el resultado de un punto de partida común que de un común punto de llegada. Denomino a este haz bastante desatado de proyectos y luchas como cosmopolitismo subalterno, o cosmopolitismo de los oprimidos.

Los actuales debates sobre el cosmopolitismo no son relevantes aquí. En su larga historia el cosmopolitismo ha significado universalismo, tolerancia, patriotismo, ciudadanía mundial, comunidad mundial de seres humanos, cultura global, etc. En general, cuando este concepto se ha utilizado —bien

como una herramienta científica para describir la realidad o como una herramienta en luchas políticas— la incondicional inclusividad de su formulación abstracta se ha utilizado para llevar a cabo los intereses exclusivistas de un grupo social específico. En cierto modo el cosmopolitismo ha sido un privilegio de aquellos que se lo pueden permitir.

Existen dos maneras de revisar este concepto, una preguntando quién puede permitírselo, y la otra preguntando quién lo necesita. La primera pregunta es sobre la práctica social. Supone distinguir a aquellos grupos sociales que han conseguido reproducir su hegemonía utilizando en su beneficio conceptos, como el cosmopolitismo, que parecerían ir en contra de la propia idea de beneficios de grupo. Esta pregunta tiene de esta manera un carácter crítico, deconstructivo. La segunda pregunta es sobre las expectativas sociales. Implica la identificación de grupos cuyas aspiraciones se deniegan o se vuelven invisibles por el uso hegemónico del concepto y que pueden ser utilizadas por un uso alternativo de este. Esta cuestión tiene una postura reconstructiva poscrítica. Esta es la pregunta que planteo aquí.

Parafraseando a Stuart Hall (1996a), que planteó una cuestión similar en relación con el concepto de identidad,²¹ pregunto: ¿quién necesita el cosmopolitismo? La respuesta es simple: quienquiera que sea una víctima de la intolerancia y la discriminación necesita tolerancia; a quienquiera al que se deniegue la dignidad humana básica necesita una comunidad de seres humanos que la reconozca; quienquiera que sea un no ciudadano necesita la ciudadanía mundial en cualquier comunidad o nación determinada. En suma, aquellos que están socialmente excluidos, víctimas de la concepción hegemónica de cosmopolitismo necesitan un diferente tipo de cosmopolitismo. El cosmopolitismo subalterno es por lo tanto una variedad de oposición. Así como la globalización neoliberal no reconoce ninguna forma alternativa de globalización, también el cosmopolitismo sin adjetivos niega su propia particularidad. El cosmopolitismo, subalterno e insurgente es la forma política y cultural de la globalización contrahegemónica. Es el nombre de los proyectos emancipatorios cuyas reivindicaciones y criterios de inclusión social se extienden más allá de los horizontes del capitalismo global.

21 Sobre las diferentes concepciones del cosmopolitismo, véase Breckenridge *et al.*, eds., 2002.

Puesto que no existe una teoría unificada, y mucho menos una estrategia unificada subyacente a estos proyectos, el cosmopolitismo subalterno e insurgente se presenta mejor en referencia a esos proyectos que proporcionan ilustraciones especialmente convincentes o ejemplares de la lucha contra la exclusión social en nombre de una globalización alternativa. En mi opinión, el movimiento zapatista es uno de estos proyectos. Así que, a continuación pasaré a identificar las principales características políticas del cosmopolitismo subalterno a través de una reconstrucción teórica del movimiento zapatista. Esta reconstrucción teórica trasciende ampliamente a los mismos zapatistas y, opino que, su importancia sobrevivirá las futuras vicisitudes de sus actuales protagonistas.

Lo más sorprendente de los zapatistas es su propuesta de introducir la lucha contra la exclusión social en un nuevo horizonte civilizador. Al centrarse en la humanidad, dignidad y respeto, van mucho más allá del legado político progresista que hemos heredado de los siglos XIX y XX. En mi opinión, la novedad de su contribución al pensamiento subalterno y a las luchas es cuádruple.

La primera novedad corresponde a la concepción del poder y la opresión. El neoliberalismo, más que una versión específica del modo de producción capitalista es un modelo civilizador basado en el incremento dramático de la desigualdad en las relaciones sociales. Semejante desigualdad adopta múltiples formas que tienen las caras de la opresión. La explotación de los trabajadores es una de ellas, pero existen muchas otras clases de opresión que afectarán a las mujeres, a las minorías étnicas, a los indígenas, a los campesinos, a los parados, a los inmigrantes, a las subclases de los guetos, a los gays y lesbianas, y a los jóvenes y los niños.

Todos estos tipos de opresión provocan la exclusión y, por ello, en el centro de la lucha zapatista no están los explotados sino más bien los excluidos, no hay clases sociales sino más bien humanidad: “detrás de nuestros ‘pasamontañas’ [...] están todos los hombres y mujeres sencillos y corrientes sin importancia, invisibles, sin nombre, sin futuro”.²² La naturaleza emancipatoria de las luchas sociales reside en todos ellos en general y en ninguno de ellos en particular. La prioridad dada a uno u otro no

22 Subcomandante insurgente Marcos, citado por Ceceña, 1999: 102.

proviene de ninguna teoría sino más bien de las condiciones específicas de cada país o región en un momento histórico determinado. La lucha a la que, bajo estas condiciones, se da prioridad, asume la tarea de establecer el espacio político para las restantes luchas. Así que, por ejemplo, las condiciones específicas de México en este momento otorgan prioridad a la lucha de los indígenas. Sin embargo, no fue fortuito que el líder zapatista que se dirigió al Congreso mexicano el 28 de marzo del 2001 fuera el Comandante Esther. Con su impresionante discurso, el movimiento zapatista selló su alianza con el movimiento de liberación de las mujeres.

La segunda novedad tiene que ver con la equivalencia entre los principios de la igualdad y de la diferencia. Vivimos en sociedades que son obscenamente desiguales pero la igualdad escasea como un ideal emancipatorio. La igualdad, entendida como la equivalencia entre lo mismo, acaba excluyendo lo que es diferente. Todo lo que es homogéneo al principio tiende eventualmente a convertirse en violencia excluyente. Las diferencias, en la medida que conllevan visiones alternativas de emancipación social, se deben respetar. Depende de aquellos que las reivindican decidir hasta qué punto desean hibridizarse o desdiferenciarse. Esta articulación entre el principio de la igualdad y el principio de la diferencia exige un nuevo radicalismo en las luchas por los derechos humanos. A pesar de los privilegios otorgados a los trabajadores, y más adelante a otros excluidos del contrato social, el liberalismo político neutralizó el potencial radicalmente democrático de los derechos humanos por imponer a nivel mundial una realidad histórica europea muy restrictiva. En términos político-jurídicos esto se plasma en el concepto de las diferentes generaciones de derechos humanos y en la idea de que la primera generación (derechos civiles) prevalece sobre la segunda (derechos políticos) y ambas prevalecen sobre la tercera (derechos económicos y sociales). La novedad radical de la propuesta zapatista en este aspecto consiste en formular sus reivindicaciones, que, en general, tienen que ver con los derechos humanos, en tales términos que se evite la trampa de las generaciones. Si se consideran de forma separada, las once reivindicaciones zapatistas están lejos de ser innovadoras o revolucionarias: el trabajo, la propiedad, la vivienda, la comida, la salud, la educación, la independencia, la libertad, la democracia, la justicia, la paz. Juntas componen un “nuevo mundo”, un proyecto civilizador que ofrece una alternativa respecto al neoliberalismo.

La tercera novedad tiene que ver con la democracia y conquista del poder. Si las formas de poder son muchas y si la sociedad no ha cambiado globalmente en la dirección de la protección de la dignidad y del respeto, es inútil tomar el poder sin transformar el poder: “¿Tomar el poder? No, simplemente algo mucho más difícil: un nuevo mundo”.²³ El énfasis no está en la destrucción de lo que existe sino más bien en la creación de alternativas. Así como las caras de la opresión son múltiples, también las luchas y propuestas por la resistencia son variadas. Son tan variadas que ninguna vanguardia las unificará: “No deseamos ni podemos ocupar el lugar que muchos esperan que ocupemos, el lugar de donde provienen todas las opiniones, todas las respuestas, todas las verdades. No lo haremos”.²⁴ La rebelión se debe encontrar a sí misma desde abajo, desde la participación de todos. La violencia no es una alternativa —en efecto, la violencia organizada es una “prerrogativa” de las clases o grupos sociales dominantes— y la democracia representativa solo falla porque es corrupta y porque no acepta los retos de la democracia participativa.

Lo que está en juego es la constitución de una globalización contrahegemónica que abarque varios mundos, varios tipos de organizaciones y movimientos sociales y varias concepciones de emancipación social. La obligación política que une tal diversidad es una obligación política horizontal que se alimenta de la sustitución de relaciones de poder por relaciones de autoridad compartida. Pero semejante obligación es tan fundamental en las relaciones entre organizaciones o movimientos como dentro de cada uno de ellos. La regla de oro es la democracia interna, que no se puede confundir con el centralismo democrático, de inclinación leninista, que solo estaba justificado, si alguna vez lo estuvo, en el contexto de las luchas clandestinas contra dictaduras; entre los ejemplos recientes, se debe señalar el caso de la ANC (Congreso Nacional Africano) contra el *apartheid* en Sudáfrica.

Las democracias de baja intensidad en las que vivimos están atrapadas por los espacios de acción política que abren y que son incapaces de llenar. Llenarlos es una tarea para las fuerzas contrahegemónicas. Estas pueden demostrar que la democracia, cuando se toma en serio, tiene poco

23 *Ibid.*, p. 103.

24 *Ibid.*, p. 145.

que ver con la caricatura en la que el liberalismo, para no mencionar el neoliberalismo, la ha convertido. Lo esencial es comprender que, al contrario de lo que querían los vanguardistas modernistas, “uno debe caminar junto a aquellos que caminan más despacio” (Ceceña, 2001: 28). Puesto que no existe un fin, sino más bien un horizonte, lo importante es que caminemos juntos. El papel estratégico de la comunicación e información consiste en mostrar que uno no está solo en la disputa.

La cuarta novedad de la contribución de los zapatistas al cosmopolitismo subalterno e insurgente es que la rebelión y no la revolución es el tema clave. Dado que tomar el mando del poder estatal no es un objetivo inmediato, las acciones rebeldes poseen un vasto campo social para operar el vasto conjunto de interacciones sociales estructurado por las desigualdades de poder. Los diferentes movimientos y luchas pueden estar interesados en enfrentarse a diferentes interacciones sociales y la lucha ha de dirigirse a la luz de las específicas circunstancias que se tienen a mano en ese campo social delimitado en esa precisa coyuntura histórica. Esto significa que está por eso abandonada o completamente subvertida una vieja secuencia canónica del marxismo revolucionario en el siglo XX, que se expuso elocuentemente por Althusser: “Los marxistas saben que ninguna táctica que no se apoye en una estrategia es viable y tampoco ninguna estrategia que no se base en una teoría” (Debray, 1967: 27). Bajo el zapatismo lo que es táctica para un movimiento puede ser estrategia para otro y los términos pueden significar cosas diferentes para luchas diferentes en otras partes del mundo y en algunos de ellos incluso pueden carecer completamente sin significado. Además, ninguna teoría unificada puede, eventualmente, traducir el inmenso mosaico de movimientos, luchas e iniciativas de una manera coherente. Bajo el paradigma revolucionario moderno, la creencia en una teoría unificada estaba tan afianzada que los diferentes movimientos revolucionarios tuvieron que adherirse a las descripciones más simples de su realidad empírica, a fin de que encajaran con las exigencias teóricas.²⁵

25 La manifestación más saliente y, sin embargo, brillante de este trabajo teórico fue el análisis de Régis Debray de la revolución social en diferentes países latinoamericanos de los años sesenta. Véase Debray, 1967. Sobre los Zapatistas, véase Holloway y Peláez, eds., 1998.

Desde el punto de vista del cosmopolitismo subalterno, semejante esfuerzo no solamente es ridículo sino también peligroso. La teoría, cualquiera que sea su valor, siempre será lo último y no lo primero. En lugar de una teoría que unifique la inmensa variedad de luchas y movimientos, lo que necesitamos es una teoría de traducción, es decir, una teoría que en lugar de dirigirse a crear otra realidad (teórica) por encima y además de los movimientos, intente conseguir crear un entendimiento mutuo, una mutua inteligibilidad entre estos para que se beneficien de las experiencias de los otros y para que se interconecten con ellos. En lugar de nuestras descripciones enrarecidas el procedimiento de traducción se apoya en descripciones densas. En efecto, nunca hay suficiente especificidad en las consideraciones de dos o más movimientos o luchas para garantizar una traducción no problemática entre ellos.

Otra vieja idea de la política revolucionaria del siglo XX que se abandona aquí es la idea de etapas de lucha —esto es, la idea del paso de la fase de coaliciones con fuerzas democráticas a la fase de la toma de poder socialista— que consumió gran parte del tiempo y energía de los revolucionarios y fue responsable de tantas divisiones y enfrentamientos fraticidas. Dado el mosaico de movimientos cosmopolitas subalternos en funcionamiento bajo circunstancias tan diferentes alrededor del mundo, no tiene sentido hablar de etapas, no solo porque no hay un punto o etapa final sino también porque no hay una definición general de las condiciones iniciales que son responsables de la primera etapa. En lugar de un paradigma modernista evolucionista de un movimiento transformador, las luchas cosmopolitas subalternas —como se ilustra por el zapatismo— están guiadas por un principio pragmático basado en el conocimiento del sentido común en lugar del conocimiento teórico: hacer que el mundo sea cada vez menos cómodo al capital global. La idea de las etapas se reemplaza por la idea del potencial destabilizador, un potencial que, independientemente de la escala de los movimientos, está reforzado por la conexión en red entre estos. Una determinada lucha local puede ser el “motor pequeño” que ayuda a arrancar al motor más grande de un movimiento global. Pero, en cambio, un movimiento global también puede ser el motor pequeño que ayuda a arrancar al motor más grande de una lucha local.

Por último, en el cosmopolitismo subalterno la cuestión de la compatibilidad de una determinada lucha o movimiento con el capitalismo global, que ha llevado en el pasado a debates acalorados, se ha convertido en una cuestión discutible. Dado que asumir el poder del Estado no es un objetivo privilegiado y como no existe una organización que unifique el mosaico de los movimientos contrahegemónicos bajo una sola bandera, se permite que todas las iniciativas cosmopolitas se ocupen, sin justificación, de sus raíces particulares y realidades empíricas. Como viven en un mundo en gran parte regido por el capital global son, por definición, compatibles con este, y cuando representan una ruptura más radical con un determinado estado de cosas pueden ser fácilmente rechazados como una isla de diferencia, como un microcosmos de innovación social que se acomoda fácilmente dentro de la imagen global de la gobernanza hegemónica. La cuestión de la compatibilidad es entonces la cuestión de si el mundo le es cada vez menos cómodo al capitalismo global por las prácticas subalternas insurgentes o si, por el contrario, el capitalismo global ha logrado cooptarlas y transformarlas en medios para su propia reproducción.

La cuestión de la compatibilidad se reemplaza a efectos prácticos por la cuestión de la dirección política de los procesos acumulativos de mutuo aprendizaje y de recíproca adaptación y transformación entre prácticas sociales hegemónicas dominantes y prácticas subalternas insurgentes. Esta es realmente una cuestión crucial porque el futuro de las globalizaciones en disputa dependerá de la respuesta que se le dé. El tipo de globalización que aprenda más y más rápido llevará ventaja en el enfrentamiento. Si la historia se repitiera a sí misma, uno podría pronosticar que la globalización hegemónica probablemente aprendería más y más rápido de la globalización contrahegemónica que viceversa. En efecto, no resistiéndose a la diferencia de contexto, de épocas y de intereses en juego, es útil recordar aquí la amonestación de Debray (1967) con relación a que los Estados Unidos y su estrategia contrarrevolucionaria en América Latina en los años sesenta aprendió más rápido de la Revolución cubana que los otros grupos revolucionarios que eran activos en ese momento en otras partes del continente: Venezuela, Brasil, Bolivia, Argentina, Perú, etc.

Las características del nuevo paradigma del cosmopolitismo subalterno, como se ha reconstruido aquí teóricamente en base al movimiento

zapatista, abren el espacio para bastante creatividad política por parte de los movimientos y organizaciones. La evaluación de tal creatividad se guiará por el mismo principio pragmático que ha reemplazado la idea de etapas de lucha. Así, la pregunta que se ha de hacer es si tal creatividad ha hecho que el mundo sea menos cómodo para el capitalismo global o no. En comparación con otros paradigmas, las características del nuevo paradigma político no son enteramente nuevas. Sobre todo, son muy imprecisas. Deben, por lo tanto, ser meditadas, tenidas en cuenta detalladamente y adaptadas a las realidades históricas de cada país o lugar por las diferentes organizaciones y movimientos. Solo así contribuirán de manera efectiva a ensanchar las vías de la globalización contrahegemónica.

VI. El cosmopolitismo subalterno y el derecho: condiciones para una legalidad cosmopolita

El cosmopolitismo subalterno, tal como se interpreta aquí, es un proyecto cultural, político y social del que solo existen manifestaciones embrionarias. Por consiguiente, una investigación sobre el lugar del derecho en el cosmopolitismo subalterno y sobre las prácticas nacientes que pueden abarcar una legalidad subalterna cosmopolita se deben realizar con un espíritu más bien prospectivo y prescriptivo. Este es el espíritu que anima al resto de este texto, que se dirige a mostrar —en lugar de a desarrollar por completo— una agenda de investigación sobre la teoría y práctica jurídica del cosmopolitismo subalterno y a cartografiar algunos de los principales lugares clave en los que tal teoría y práctica está actualmente poniéndose a prueba.²⁶

26 Al presentar la agenda de investigación y el mapa de los lugares de la legalidad cosmopolita subalterna, recurro mucho a los resultados del proyecto de investigación colectivo “Reinventar la Emancipación Social” que —bajo mi dirección y con la participación de más de sesenta académicos y activistas de la India, Brasil, Portugal, Sudáfrica, Mozambique y Colombia— ha explorado los tipos de globalización contrahegemónica en el Sur. Los estudios de casos y los principales resultados del proyecto se han publicado en portugués (Santos ed., 2003a, 2003b, 2004a, 2004b, 2004c) y también estarán disponibles en inglés y español. Véase también la página web del proyecto: <http://www.ces.fe.uc.pt/emancipal/>.

Con este propósito, el enfoque que adopto aquí es, como he hecho en otro lugar,²⁷ una sociología de las emergencias, que consiste en interpretar de una manera expansiva las iniciativas, movimientos u organizaciones que se resisten a la globalización neoliberal y exclusión social y que les ofrecen alternativas. Los rasgos de las luchas se amplifican y elaboran de una manera que hace visible y creíble el potencial que se halla implícito o escondido en las acciones contrahegemónicas concretas. La extensión simbólica realizada por la sociología de las emergencias se dirige a analizar las tendencias o posibilidades inscritas en una determinada práctica, experiencia o forma de conocimiento. Actúa al mismo tiempo sobre las posibilidades y las capacidades. Identifica señales, pistas, o rastros de posibilidades futuras en todo lo que existe. Este enfoque nos permite identificar cualidades y entidades emergentes en un momento y en un contexto en el que pueden ser fácilmente rechazadas como si no tuvieran ninguna cualidad de existencia futura, como si fueran insignificantes o, efectivamente, como si estuvieran orientadas para el pasado. Este enfoque corresponde, en el análisis prospectivo, al método del caso extendido (*extended case method*), en el análisis sociológico.

Dada mi preocupación por el derecho en este libro, no voy a ocuparme de todo el espectro de iniciativas o movimientos sino más bien solamente de aquel cuyas estrategias jurídicas parezcan más prominentes. Efectivamente, voy a ocuparme de las mismas estrategias jurídicas —es decir, de la legalidad cosmopolita subalterna (en resumen, la legalidad cosmopolita). La legalidad cosmopolita profundiza la globalización contrahegemónica. Y, como en nuestras condiciones actuales, la globalización contrahegemónica es una condición necesaria para la emancipación social, la investigación de la legalidad cosmopolita es mi manera de responder a la pregunta con la que comencé: ¿Puede el derecho ser emancipatorio?

Comenzaré por presentar, en forma de tesis acompañadas de breves notas explicatorias, las condiciones o presupuestos de la legalidad

27 Véase Santos, 2001a.

cosmopolita subalterna.²⁸ Son de forma condensada los principales resultados de la sociología de las emergencias. Juntos componen una imagen típica ideal de la legalidad cosmopolita. Pasaré a ofrecer algunos ejemplos de luchas contra la globalización neoliberal en las que el derecho ha sido un componente significativo. Resultará claro que las ilustraciones concretas representan diferentes grados de aproximación a la legalidad cosmopolita.

Las condiciones para una legalidad cosmopolita se pueden resumir en las siguientes ocho tesis.

6.1. Una cosa es utilizar una herramienta hegemónica en una determinada lucha política. Otra cosa es utilizarla de una manera no hegemónica

Esto se aplica tanto al derecho como a la política de derechos. Como mostraré abajo, según el cosmopolitismo subalterno, el derecho no se reduce al derecho estatal ni los derechos a los derechos individuales. Sin embargo, esto no significa que el derecho estatal y los derechos individuales se tengan que excluir de las prácticas jurídicas cosmopolitas. Por el contrario, se pueden utilizar si se integran en luchas más vastas que las retiren del molde hegemónico. Este molde es básicamente la idea de autonomía y la idea de que los derechos son, al mismo tiempo, medios y fines de la práctica social. Desde esta perspectiva, el derecho y los derechos son autónomos porque su validez no está sujeta a las condiciones de su eficacia social. Son autónomos también porque funcionan a través de conjuntos específicos de instituciones estatales establecidas para este propósito juzgados, legislaturas, etc. Además, el derecho y los derechos se conciben como preferentes del uso de cualquier otra herramienta social. Las leyes son estándares normativos de acción social dotadas de autoridad y producidas por el Estado, mientras que los derechos son regalías individuales dotadas de autoridad,

28 Durante décadas los académicos norteamericanos han debatido el asunto de si las estrategias de derechos facilitan el “cambio social progresivo” o si legitiman o refuerzan las desigualdades sociales. Una buena visión general se puede consultar en Levitsky, 2001. En los estrechos términos en los que se ha debatido —como un debate dentro del demoliberalismo— este debate está indecidible.

si está bien por el Estado y derivados de las leyes. Concebidos de esta manera, la ley y los derechos determinan sus propias fronteras y por encima de ellos nada se puede reivindicar ni como ley ni como derecho. Debido a que se crean y garantizan por el Estado, este tiene el monopolio sobre la declaración de legalidad o ilegalidad, del cierto y del errado. En oposición a esta concepción, el cosmopolitismo realiza dos afirmaciones: la primera, que es posible utilizar estas herramientas hegemónicas para objetivos no hegemónicos; la segunda, que existen concepciones no hegemónicas, alternativas, a tales herramientas. Este es el tema que describo en la siguiente tesis.

6.2. El uso no hegemónico de herramientas jurídicas hegemónicas reposa en la idea de integrarlas en movilizaciones políticas más amplias que puedan incluir acciones tanto legales como ilegales

Al contrario de los movimientos de estudios legales críticos, la legalidad cosmopolita se adhiere a una visión no existencialista de las leyes estatales y de los derechos. Lo que convierte a los últimos en hegemónicos es la utilización específica que las clases o grupos dominantes realizan de ellos. Utilizados como instrumentos de acción social autónomos y exclusivos, son efectivamente parte de una política de arriba-abajo. Son inestables, contingentes, manipulables y confirman las estructuras de poder que se supone que han de cambiar. En suma, concebidos y utilizados de esta manera, no son de ninguna utilidad para la legalidad cosmopolita.

Existe, sin embargo, la posibilidad de que el derecho y los derechos se utilicen como si no fueran autónomos y exclusivos. Tal posibilidad se basa en la “integración” del derecho y de los derechos en movilizaciones políticas más amplias que permitan que las luchas se politicen antes que fueran legalizadas. Una vez que se recurre al derecho y a los derechos, las movilizaciones políticas se deben intensificar, a fin de evitar la despolitización de la lucha que el derecho y los derechos, abandonados a sí mismos, tienden a engendrar. Una política firme del derecho y de los derechos es la que no depende únicamente del derecho o de los derechos. Paradójicamente, una manera de demostrar la resistencia al derecho y a

los derechos es luchar por leyes y derechos cada vez más inclusivos. La manipulación, la contingencia y la inestabilidad desde abajo son la manera más eficiente de enfrentarse a la manipulación, la contingencia y la inestabilidad desde arriba. Una política de derechos firme es una política dual basada en la gestión dual de herramientas jurídicas y políticas bajo la égida de las últimas.

Los momentos más intensos de legalidad cosmopolita probablemente involucrarán acción directa, desobediencia civil, huelgas, manifestaciones, actos orientados a los media, etc. Algunos de estos serán ilegales, mientras que otros se moverán en esferas no reguladas por el derecho estatal. La ilegalidad subalterna puede utilizarse para hacer frente tanto a la legalidad dominante como a la ilegalidad dominante. La última es particularmente perversa y agresiva en el caso del Estado paralelo al que he hecho referencia arriba. En las sociedades con alguna experiencia histórica de legalidad demoliberal, el derecho estatal y los derechos, una vez analizados desde los márgenes —desde la perspectiva de los oprimidos y excluidos— se vuelven contradictoriamente al mismo tiempo lugares de exclusión y lugares de inclusión. La naturaleza y la dirección de las luchas políticas decidirán cual prevalecerá. En las sociedades con poca o ninguna experiencia histórica de legalidad demoliberal resulta muy improbable que las leyes y derechos hegemónicos se orienten para un uso no hegemónico.

6.3. Las formas de derecho no hegemónico no favorecen o promueven necesariamente el cosmopolitismo subalterno

La cuestión de la no hegemonía en el campo del derecho es actualmente muy compleja. La legalidad demoliberal se ha entendido tradicionalmente como el derecho estatal o el derecho aprobado por el Estado y ese ha sido el concepto hegemónico de derecho. Hoy en día, en una época de globalizaciones y localizaciones intensas, existen múltiples fuentes del derecho y no todas ellas han sido sancionadas por el Estado. Las formas de derecho no hegemónico no son necesariamente contrahegemónicas. Por el contrario, más bien se hallan en condiciones de que el derecho hegemónico contribuya a su reproducción bajo nuevas condiciones y de que realmente

acentúe sus rasgos excluyentes. Las nuevas formas de legalidad global “desde arriba”, generadas por poderosos actores transnacionales, como la nueva *lex mercatoria*, son un caso en cuestión porque se combinan o articulan con la legalidad estatal en una especie de coestión jurídica que favorece la globalización neoliberal e intensifica la exclusión social.

También se genera mucha legalidad desde abajo: el derecho tradicional, el derecho de los pueblos indígenas, el derecho comunitario, el derecho popular, etc. Como es el caso de la legalidad no estatal desde arriba, tal legalidad no hegemónica no es necesariamente contrahegemónica porque se puede utilizar en conjunción con el derecho estatal para llevar a cabo propósitos exclusivistas. Pero también se puede utilizar para enfrentarse a la legalidad estatal demoliberal y para luchar por la inclusión social y contra la globalización neoliberal, en cuyo caso asume un papel político contrahegemónico. En este caso, las legalidades contrahegemónicas desde abajo son una parte integrante de la legalidad cosmopolita.

El pluralismo jurídico juega un papel central en la legalidad cosmopolita pero siempre ha de estar sometido a una especie de test de “litmus” para decidir qué tipos de pluralismo jurídico son propicios a la legalidad cosmopolita y cuáles no. El examen consiste en evaluar si el pluralismo jurídico contribuye a reducir la desigualdad de las relaciones de poder, y por ello a reducir la exclusión social o a mejorar la calidad de la inclusión social, o si por el contrario, inflexibiliza los intercambios desiguales y reproduce la exclusión social. En el primer caso nos hallamos ante la pluralidad jurídica cosmopolita.

6.4. La legalidad cosmopolita es voraz en cuanto a las escalas de legalidad

La legalidad cosmopolita se toma en serio la idea según la cual el derecho es un mapa y que como tal interpreta mal la realidad, pero lo hace según procedimientos sistemáticos y previsibles (escala, proyección y simbolización). Por consiguiente, para la legalidad cosmopolita las formas de movilización política y sus objetivos concretos decidirán qué escala se debe privilegiar (local, nacional, global). El privilegio otorgado a una determinada escala no significa que las otras escalas no sean movilizadas. Por el contrario, la legalidad cosmopolita tiende a combinar diferentes escalas de

legalidad y a subvertirlas en el sentido de que pretende alcanzar lo global en lo local y lo local en lo global. Es una legalidad transescalar.

6.5. La legalidad cosmopolita es una legalidad subalterna que tiene como objetivo la sociedad civil incivil y la sociedad civil extraña

La legalidad cosmopolita tiene como objetivo antes de nada la sociedad civil incivil porque se dirige a erradicar la exclusión social, especialmente su forma más extrema: el fascismo social. Pero también se extiende a los estratos más bajos de la sociedad civil extraña en la que con frecuencia se produce una masiva exclusión social. Mientras lucha contra la exclusión social, la legalidad cosmopolita es consciente por ello del peligro de confirmar y legitimar el contrato social liberal moderno y, por lo tanto, también de la exclusión sistemática que genera, como ocurre con la legalidad demoliberal y los privilegios selectivos que conceda a determinados grupos de excluidos. Para evitarlo, la legalidad cosmopolita intenta atender el daño sistemático y no solo la relación de víctima/perpetrador como ocurre con la legalidad demoliberal. Esto explica por qué los momentos de rebelión, de movilización y confrontación política no son complementos, sino más bien elementos intrínsecos a la legalidad cosmopolita. Atender el daño sistemático supone reivindicar un nuevo contrato social radicalmente más inclusivo. La justicia restaurativa, la cual constituye el concepto demoliberal de justicia por excelencia, debe por lo tanto reemplazarse por la justicia transformativa, es decir, por un proyecto de justicia social que vaya más allá del horizonte del capitalismo global. Aquí yace el carácter de oposición y contrahegemónico de la legalidad cosmopolita.

6.6. Como una forma de legalidad subalterna el cosmopolitismo somete los tres principios modernos de regulación a una hermenéutica de sospecha

Al contrario de la legalidad demoliberal, la legalidad cosmopolita concibe las relaciones de poder como relaciones no limitadas al Estado sino más

bien que “habitan” tanto en el mercado como en la comunidad. Por consiguiente, distingue entre el mercado dominante y el mercado subalterno, y entre la comunidad dominante y la comunidad subalterna. El objetivo de la legalidad cosmopolita reside en capacitar a los mercados subalternos y a las comunidades subalternas. Juntos son las piedras fundamentales de las esferas públicas subalternas.

6.7. El vacío entre el exceso de sentido y el déficit de desempeño es inherente a una política de legalidad. La legalidad cosmopolita es perseguida por este vacío

Incluso si la legalidad cosmopolita cuando recurriera al derecho del Estado lo hiciera en el contexto de una estrategia contrahegemónica, el hecho es que el vacío entre un exceso de sentido (la expansión simbólica por medio de promesas abstractas) y el déficit de desempeño (la estrechez de los logros concretos), puede acabar desacreditando las luchas cosmopolitas en su conjunto. La crisis del contrato social moderno reside en la inversión de la discrepancia entre la experiencia social y la expectativa social. Tras un largo período de expectativas positivas sobre el futuro, al menos en los países del centro y semiperiféricos, hemos entrado en un período de expectativas negativas para muchos sujetos de la población alrededor del mundo. El proyecto cosmopolita consiste precisamente en restaurar la moderna discrepancia entre experiencias y expectativas sociales, aunque sea a través de prácticas de oposición posmodernas y orientadas a transformaciones políticas radicales. A la luz de esto, no obstante, se puede desarrollar una tensión entre el cosmopolitismo en su totalidad y la legalidad cosmopolita. En efecto, en una época en la que las expectativas sociales son negativas en comparación con las actuales experiencias sociales, la legalidad cosmopolita puede encontrarse en la situación de ser más efectiva cuando defiende el statu quo jurídico, la aplicación efectiva de las leyes tal como están en los libros. El dilema para el cosmopolitismo radica en tener que luchar tanto por una profunda transformación social como por el statu quo. Una vez más, la salida reside en una fuerte movilización política del derecho que utiliza el exceso de sentido del derecho

para transformar una lucha por el statu quo en una lucha por una profunda transformación social; y el déficit de desempeño del derecho para transformar una lucha por la transformación social en una lucha por el statu quo.

6.8. A pesar de las profundas diferencias entre la legalidad demoliberal y la legalidad cosmopolita, las relaciones entre ellas son dinámicas y complejas

La legalidad demoliberal realiza un uso hegemónico de las concepciones hegemónicas del derecho y de los derechos. No tiene lugar para las infracciones políticas a la autonomía del derecho y mucho menos para las acciones ilegales. Tiene como objetivo tanto la sociedad civil íntima como la sociedad civil extraña, y las concesiones que realiza para los severamente excluidos (la sociedad civil incivil) se hacen de tal forma que confirman y legitiman el contrato social y sus exclusiones sistemáticas. Consigue sus recursos reguladores del Estado, donde considera que residen todas las relaciones de poder relevantes, así como del mercado dominante y de la comunidad dominante. Por último, como no aspira a ningún tipo de transformación social estructural profunda, sobresale en relación con la justicia restaurativa y utiliza el vacío entre el exceso de sentido y el déficit de desempeño para avanzar en las manipulaciones adaptativas del statu quo.

Esto demuestra cuánto la legalidad cosmopolita difiere de la legalidad demoliberal. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, las luchas cosmopolitas pueden combinar de forma ventajosa estrategias jurídicas cosmopolitas con estrategias demoliberales, ocasionando de esta manera híbridos político-jurídicos de diferentes tipos. Las luchas por los derechos humanos se ofrecen a sí mismas a este tipo de hibridación jurídica. Los proyectos emancipatorios, guiados por principios de buen orden y de buena sociedad, siempre combinan diferentes conjuntos de objetivos, algunos de los cuales se pueden llevar a cabo mediante estrategias demoliberales dentro de unos límites y cuando están disponibles. También puede suceder que el contexto político, cultural y social en el que suceden las luchas cosmopolitas fuerce a estas a que se formulen en términos

demoliberales. Esto es probable que ocurra en dos situaciones opuestas en las que las luchas más radicales pueden toparse con represiones eficientes: en sociedades en las que una fuerte cultura demoliberal política y jurídica coexiste con ideologías conservadoras ampliamente extendidas, como es el caso más conocido de los Estados Unidos; y en regímenes dictatoriales o cuasidictatoriales, y de forma más general, en situaciones de democracias de muy baja intensidad como es el caso de muchos países de la periferia y en algunos de la semiperiferia. En ambas situaciones, las coaliciones y la defensa transnacionales serán con frecuencia necesarias para mantener la legalidad cosmopolita.

Pero la hibridación jurídica entre el cosmopolitismo y el demoliberalismo tiene un origen más profundo. Proviene del propio concepto de emancipación social. Los conceptos sustantivos de emancipación social son siempre contextuales y arraigados. En cualquier contexto dado, sin embargo, es posible definir los grados de emancipación social. Distingo entre conceptos finos y espesos de emancipación social, según el grado y calidad de liberación o de inclusión social que implican. El concepto fino de emancipación social subraya, por ejemplo, las luchas por las cuales las formas de opresión atroces o las formas extremas de exclusión social se reemplazan por formas de opresión más suaves o por formas no fascistas de exclusión social. Como se ilustra abajo en el caso de San José de Apartadó en Colombia, la pura supervivencia física y la protección contra la violencia arbitraria puede que sea el único y a la vez el objetivo emancipatorio más deseado. Por otra parte, el concepto espeso de emancipación supone no solo la supervivencia humana, sino el florecimiento humano guiado por necesidades radicales, tal como Agnes Heller las ha denominado. Según Heller, las necesidades radicales son cualitativas y permanecen incuantificables; no se pueden satisfacer en un mundo basado en la subordinación y en la superordenación; fuerzan a las personas hacia ideas y prácticas que invalidan la subordinación y la superordenación (1976 y 1993). Aunque la distinción entre conceptos débiles y fuertes de emancipación social puede realizarse en términos generales, los tipos de objetivos que se incluyen en uno u otro término de la distinción solo se pueden determinar en contextos específicos. Puede ocurrir que lo que cuenta como un concepto débil de emancipación para una lucha cosmopolita en

una determinada sociedad y momento histórico, acabe contando como un concepto fuerte para otra lucha cosmopolita en otro contexto geográfico y temporal.

A la luz de esta distinción se puede afirmar que es más probable que las estrategias jurídicas demoliberales y cosmopolitas se combinen cuando las concepciones débiles de emancipación social tienden a dominar los proyectos emancipatorios de los grupos y luchas cosmopolitas. Este será, por ejemplo, el caso de los grupos cosmopolitas que luchan por los derechos civiles y políticos básicos sin los cuales no pueden ni movilizarse ni organizarse.

VII. La legalidad cosmopolita en acción

En las páginas siguientes menciono brevemente algunos ejemplos en los que las prácticas y reivindicaciones jurídicas son elementos constitutivos de luchas cosmopolitas contra la globalización neoliberal y el fascismo social. Como he mencionado arriba, en lugar de realizar un análisis exhaustivo de la miríada de manifestaciones de prácticas jurídicas cosmopolitas alrededor del mundo, me esfuerzo por mapear algunas de las más importantes y prometedoras como una forma de diseñar un agenda de investigación sobre la legalidad cosmopolita y de detectar el potencial para vínculos/ligación entre luchas aparentemente dispares.²⁹ Concretamente, me ocupo de cinco grupos de legalidades cosmopolitas: el derecho en las zonas de contacto, el derecho y el redescubrimiento democrático del trabajo, el derecho y la producción no capitalista, el derecho para los no ciudadanos y el derecho del Estado como novísimo movimiento social.

29 Como he mencionado arriba, al ubicar las prácticas jurídicas cosmopolitas, recurro mucho al proyecto de investigación “Reinventar la Emancipación Social”, que dirigí entre los años 1998-2002 y cuyos resultados se han publicado en portugués. Aunque el proyecto no contenía una dimensión sociojurídica explícita, muchos de los estudios de casos que los participantes del proyecto de Brasil, India, Colombia, Mozambique, Sudáfrica y Portugal llevaron a cabo documentan luchas subalternas en aquellos países que recurren a estrategias jurídicas internacionales.

7.1. El derecho en las zonas de contacto

Las zonas de contacto son campos sociales en los que diferentes mundos de la vida normativa se encuentran y se chocan entre sí.³⁰ Las luchas cosmopolitas con frecuencia suceden en tales campos sociales. Los mundos de la vida normativos, además de establecer pautas de experiencias y expectativas sociales, políticas y económicas, autorizadas o legítimas, atraen a postulados culturales expansivos y, por lo tanto, los conflictos entre ellos tienden a mezclar asuntos y movilizar recursos y energías más allá de lo que parece estar en juego en la versión manifiesta de los conflictos. Las zonas de contacto que me interesan aquí son aquellas en las que diferentes culturas jurídicas chocan de formas altamente asimétricas, es decir, en choques que movilizan intercambios de poder muy desiguales. Por ejemplo, los pueblos indígenas entablan enfrentamientos asimétricos con las culturas nacionales dominantes, al igual que les sucede a los inmigrantes ilegales o a los refugiados que tratan de sobrevivir en un país que no es el suyo.

Las zonas de contacto son por lo tanto zonas en las que ideas, conocimientos, formas de poder, universos simbólicos y agencias normativos y rivales se encuentran en condiciones desiguales y mutuamente se resisten, rechazan, asimilan, imitan y subvierten, dando lugar a constelaciones político-jurídicas híbridas en las que las desigualdades de los intercambios son fáciles de encontrar. Los híbridos jurídicos son fenómenos político-jurídicos que combinan entidades heterogéneas que funcionan mediante la desintegración de las formas y recuperación de los fragmentos, ocasionando

30 Mary Louise Pratt (1992: 4), define las zonas de contacto como “espacios sociales donde culturas dispares mutuamente se encuentran, chocan y lidian en relaciones de dominación y subordinación altamente asimétricas —como el colonialismo, la esclavitud o sus secuelas tal como se soportan actualmente de un extremo a otro del mundo—”. En esta formulación, las zonas de contacto parecen implicar encuentros entre totalidades culturales. Este no tiene que ser el caso. La zona de contacto puede suponer diferencias culturales selectivas y parciales, las que en un determinado espacio-tiempo se hallan en competencia para proporcionar sentido a una determinada línea de acción. Además, como he estado defendiendo en este libro, los intercambios desiguales se extienden hoy en día más allá del colonialismo y sus secuelas, a pesar de que, como han mostrado los estudios poscoloniales, aquel continúa jugando un papel mucho más importante del que uno está dispuesto a admitir. Véase, por último Mignolo, 2000.

nuevas constelaciones de significado jurídico y político. Como resultado de las interacciones que acontecen en la zona de contacto, tanto la naturaleza de los diferentes poderes involucrados como las diferencias de poder entre ellos son afectadas. Estas últimas pueden realmente intensificarse o atenuarse como resultado del encuentro.

La complejidad es intrínseca a la propia definición de zona de contacto. ¿Quién define quién o qué pertenece a la zona de contacto y lo que no? ¿A quién pertenece la línea que delimita la zona de contacto externa e internamente? En efecto, la lucha por la apropiación de tal línea es la meta-lucha para la legalidad cosmopolita en la zona de contacto. Otra fuente de complejidad reside en que las diferencias entre culturas o mundos de la vida normativas presentes en la zona de contacto puede ser tan amplia que no sea posible evaluarla. La primera tarea es entonces aproximar los universos culturales y normativos, llevarlos a una especie de “contacto visual interior” para que la traducción entre ellos pueda comenzar. Paradójicamente, debido a la multiplicidad de los códigos culturales presentes, la zona de contacto está relativamente no codificada y poco estandarizada, por lo que constituye una zona para la experimentación e innovación normativa y cultural.

La cuestión del poder es central para las luchas cosmopolitas ya que los grupos subalternos luchan por igualdad y reconocimiento y los grupos dominantes en contra. La legalidad cosmopolita es así el componente jurídico de las luchas que se niegan a aceptar el statu quo del poder, así como el daño sistemático que produce, al tiempo que los combate en nombre de legitimidades culturales y normativas alternativas. La legalidad cosmopolita en la zona de contacto es antimonopolística en el sentido de que reconoce las reivindicaciones jurídicas opuestas y organiza la lucha en torno de la competencia entre ellos. La pluralidad jurídica es por eso inherente a la zona de contacto.

Lo que está en juego en la zona de contacto nunca es una simple determinación de la igualdad o desigualdad puesto que los conceptos alternativos de la igualdad están presentes y en conflicto. En otras palabras, en las zonas de contacto el derecho de igualdad no funciona separado del derecho de reconocimiento de la diferencia. La disputa de la legalidad cosmopolita en la zona de contacto es una lucha pluralista por la igualdad

transcultural o intercultural de las diferencias. Esta igualdad de diferencias incluye el derecho de igualdad transcultural de cada grupo involucrado en la zona de contacto para decidir si permanece siendo diferente o si se mezcla con otros para formar híbridos.

Las luchas jurídicas cosmopolitas en la zona de contacto son particularmente complejas y las constelaciones jurídicas que emergen de ellas tienden a ser inestables, provisionales y reversibles. La lucha jurídica cosmopolita no es, naturalmente, el único tipo de lucha jurídica que puede intervenir en la zona de contacto.

El contraste entre la legalidad demoliberal y la legalidad cosmopolita se realza mejor por los tipos de sociabilidad de la zona de contacto que cada paradigma jurídico tiene tendencia a privilegiar o sancionar. Distingo cuatro clases de sociabilidad: violencia, coexistencia, reconciliación y convivencia. La *violencia* es el tipo de encuentro en el que la cultura dominante o mundo de la vida normativas reivindica un control total sobre la zona de contacto y, como tal, se siente legitimado para suprimir, marginar o incluso destruir la cultura o el mundo de la vida subaterna. La *coexistencia* es la sociabilidad típica del *apartheid* cultural, en la que se permite que las diferentes culturas se desarrollen por separado y en la que los contactos, entremezclados o las hibridizaciones, se desaconsejan firmemente o se prohíben por completo. La *reconciliación* es la clase de sociabilidad que se fundamenta en la justicia restaurativa, en sanar los agravios del pasado. Es una sociabilidad orientada en el pasado en lugar de hacia el futuro. Por esta razón, se permite que los desequilibrios de poder del pasado con frecuencia continúen reproduciéndose a sí mismos bajo nuevas apariencias. Por último, la *convivencialidad* es, en cierto modo, una reconciliación orientada al futuro. Los agravios del pasado se han saldado de tal forma que se facilitan las sociabilidades que se fundamentan en intercambios tendencialmente iguales y en la autoridad compartida.

Cada una de esas sociabilidades es tanto productora como producto de una constelación jurídica concreta. Una constelación jurídica dominada por el demoliberalismo tiende a favorecer la reconciliación y, cuando es imposible, la coexistencia o incluso la violencia. Una constelación jurídica dominada por el cosmopolitismo tiende a favorecer la convivencialidad.

En las siguientes páginas identifiqué los principales ejemplos en los que las estrategias jurídicas cosmopolitas intervienen hoy en día en las zonas de contacto. En la mayoría de los casos tales intervenciones suceden mediante de estrategias jurídicamente híbridas, en las que el cosmopolitismo se combina con el demoliberalismo. Como se ha mencionado arriba, dependiendo de la orientación de la movilización política, tales estrategias pueden acabar favoreciendo resultados cosmopolitas o demoliberales.

7.1.1. Derechos humanos multiculturales

La crisis de la modernidad occidental ha demostrado que el fracaso de los proyectos progresistas con respecto al perfeccionamiento de las oportunidades y condiciones de vida de los grupos subordinados tanto dentro como fuera del mundo occidental se debía en parte a la falta de legitimidad cultural. Este es el caso con los derechos humanos y los movimientos de derechos humanos desde que la universalidad de los mismos no se puede dar por sentada. La idea de dignidad humana se puede formular en diferentes “lenguas”. En lugar de suprimirlas en nombre de universalismos postulados, tales diferencias deben ser mutuamente inteligibles a través de la traducción y de lo que denominé hermenéutica diatópica.³¹

Los derechos humanos son un tema que trasciende el derecho en la zona de contacto. En la zona de contacto lo que está en juego es el encuentro entre los derechos humanos como una concepción cultural específica de la dignidad humana y otros conceptos rivales o alternativos. Mientras que la legalidad demoliberal defenderá, como mucho, una sociabilidad de reconciliación bajo la premisa de la superioridad de la cultura occidental de derechos humanos, la legalidad cosmopolita perseguirá, a través de la hermenéutica diatópica, construir una sociabilidad de la convivencia basada en una hibridación virtuosa entre las concepciones más comprensivas y emancipatorias de dignidad humana suscritas tanto por la tradición de derechos humanos como por las otras tradiciones de dignidad humana presentes en la zona de contacto.

31 Aquí no haré hincapié sobre los derechos humanos y el multiculturalismo. Sobre el concepto de dignidad de los Zapatistas, véase Holloway y Peláez, eds., 1998.

Esta reconstrucción transcultural reposa en la premisa de una política de reconocimiento de la diferencia capaz de conectar, por un lado, la especificidad y la relevancia locales y, por otro, la inteligibilidad y la emancipación translocales. Uno de tales enlaces radica en el tema de derechos de grupo o derechos colectivos, un tema que se suprime o trivializa por parte de la legalidad demoliberal. La legalidad cosmopolita plantea una política de derechos en la que los derechos individuales y colectivos en lugar de canibalizarse mutuamente, se refuerzan. Como es el caso en todos los otros ejemplos de legalidad cosmopolita, los derechos humanos cosmopolitas en la zona de contacto se han de llevar a efecto o perseguir por parte de actores locales, nacionales y globales capaces de integrar los derechos humanos en proyectos emancipatorios cosmopolitas más ampliamente extendidos.

7.1.2. Lo tradicional y lo moderno: las otras modernidades de los pueblos indígenas y de las autoridades tradicionales

Esta es otra zona de contacto en la que la política de legalidad juega un papel importante y en que el demoliberalismo y el cosmopolitismo ofrece conceptos alternativos.

La política de legalidad en esta zona de contacto se expresa a través de conceptos alternativos de pluralidad jurídica. Como mencioné arriba, el primer y probablemente el tema central con respecto a la zona de contacto es quién define las fronteras externas e internas de la zona de contacto y con qué criterios. Este es un tema especialmente candente en esta zona de contacto ya que en los últimos doscientos años la modernidad occidental ha reclamado para sí, en la práctica, la prerrogativa de definir lo que es moderno y lo que es tradicional. En esta zona de contacto, más que en cualquier otra, se encontraron y se chocaron entre sí formaciones culturales muy diferentes. La intensidad de esta zona de contacto muestra que lo tradicional es tan moderno como la propia modernidad. Es el otro de la modernidad. Así construida, esta dicotomía fue uno de los principios organizadores del gobierno colonial y ha continuado siendo así bajo diferentes formas en el período poscolonial. Como ha sucedido con otras

dicotomías empíricas, esta ha sido apropiada con frecuencia por grupos subordinados para resistir a la opresión colonial o poscolonial, y también ha dado lugar a diferentes tipos de híbridos jurídicos.

Basándome en mi propia investigación de campo, identifico dos ejemplos en que la dicotomía tradicional/moderno resulta en estrategias jurídicas. El primero incumbe al papel de las autoridades tradicionales en la actualidad en África.³² Por ejemplo, en Mozambique, durante el período revolucionario posindependencia (1975-1989) las autoridades tradicionales se percibían como remanentes del colonialismo, y como tales, eran marginadas. En el siguiente período, la adopción de la democracia liberal y la imposición del ajuste estructural por el FMI convergieron para abrir el espacio para un nuevo papel de las autoridades tradicionales. Las transformaciones internas a las que estuvieron sometidos para dar respuesta a las nuevas tareas y para adaptarse a nuevos cometidos como la participación en la gestión de la tierra, dan testimonio de las posibilidades subyacentes a la invención de la tradición. El segundo ejemplo del desarrollo de la dicotomía tradicional/moderno mediante estrategias jurídicas es la lucha de los pueblos indígenas para el reconocimiento de sus sistemas jurídicos y políticos ancestrales en América Latina.³³

En ambos casos, a pesar de las difíciles condiciones en las que las luchas se desarrollan, existe un lugar para el cosmopolitismo. En ambos casos, aunque de diferentes maneras, lo tradicional ha pasado a constituir una manera triunfante de reclamar la modernidad, una otra modernidad. Bajo el violento impacto de la globalización neoliberal y a la luz del colapso del Estado, ha venido a simbolizar lo que no se puede globalizar. A su manera, es un tipo de globalización que se presenta a sí mismo como una resistencia contra la globalización.

De esta manera reinventada, la dicotomía entre lo tradicional y lo moderno es hoy en día más crucial que nunca. Este es un campo privilegiado para la emergencia de híbridos jurídicos. En diferentes regiones, dichos híbridos muestran rasgos distintos. Por ejemplo, los híbridos jurídicos formados por las autoridades tradicionales en África difieren de

32 Véase Santos y Trindade, eds, 2003.

33 Véase Santos y García-Villegas, eds. , 2001.

aquellos que provienen de la interacción entre las leyes de los Estados nacionales y los sistemas jurídicos indígenas, tanto en América Latina como en Canadá, India, Nueva Zelanda y Australia. En efecto, en América Latina el crecimiento del constitucionalismo multicultural se ha convertido en un asunto privilegiado para las disputas, en la zona de contacto, entre el demoliberalismo y el cosmopolitismo.

7.1.3. Ciudadanía cultural

Esta es una zona de contacto de gran importancia en la que las diferentes estrategias políticas y jurídicas han estado disputándose duramente los términos del conflicto y la negociación entre los principios de la igualdad (ciudadanía) y los principios de la diferencia (identidades culturales). Aunque hasta ahora se ha teorizado para transmitir críticamente la experiencia de los latinos en general y de los mexicanos en particular en los Estados Unidos en su lucha para reivindicar su pertenencia sin renunciar a la identidad cultural, el concepto es más vasto y es relevante para describir luchas similares por toda Europa, y en efecto, en todos los continentes.

En los Estados Unidos la creciente literatura latina crítica (*LatCrit*) ha articulado de forma convincente los temas centrales de la ciudadanía cultural en cuanto a su relación con los emigrantes latinos y sus descendientes. Un tema central en esta literatura son las luchas jurídicas situadas en la intersección —en realidad, “interseccionalidad” es un concepto clave en la literatura de esta área— de las culturas y experiencias de vida latinas y norteamericanas, como por ejemplo las que giran alrededor de la inmigración, la educación y la lengua.³⁴ En Europa, como ha mostrado Sassen (1999), las regulaciones y luchas jurídicas sobre la inmigración y la ciudadanía cultural no se debaten exclusivamente a nivel nacional. En cambio, la “transnacionalización de hecho de la creación de la política de inmigración” que proviene de la globalización, por un lado, y “el crecimiento de una amplia red de derechos y decisiones judiciales”, por otro, suponen que hoy en día la ciudadanía cultural es cada vez más un lugar de luchas jurídicas a escala regional (Sassen, 1999: 156).

34 Una vista general útil de estos y otros temas dentro del debate de *LatCrit* se puede encontrar en Stefancic, 1998.

El lugar de la legalidad cosmopolita de esta manera conlleva un proceso cultural y político mediante el cual los grupos oprimidos, excluidos o marginados crean esferas públicas subalternas o sociedades civiles insurgentes provenientes de la sociedad civil incivil, a la que han sido lanzados por las estructuras de poder dominantes. Aquí reside el carácter de oposición de la búsqueda por la ciudadanía cultural y su éxito depende de la capacidad de los grupos subalternos para movilizar estrategias cosmopolitas jurídicas y políticas. El objetivo es promocionar sociabilidades de convivialidad entre diferentes identidades culturales cuando estas se encuentran y disputan un terreno potencialmente común para la inclusión y pertenencia. Mediante la convivencialidad, el terreno común, mientras se vuelve más inclusivo, también se vuelve menos común en el sentido de menos común homogéneamente para todos aquellos que reivindican pertenecer a él.

7.1.4. Derechos de propiedad intelectual, biodiversidad y salud humana

La discusión sobre el significado de los derechos de propiedad intelectual es hoy día el epicentro del debate sobre las raíces del conocimiento moderno. Al transformar una entre muchas visiones del mundo en una visión global, hegemónica, la ciencia occidental localizó y condensó las restantes formas de sabiduría como “las otras”. Así, estas otras formas se convierten en indígenas —porque distintas— y particulares —porque localizadas—. En este paradigma, el saber y la tecnología son cosas —objetos evaluables e intercambiables—. Para que esta evaluación e intercambio sean posibles, el saber y la tecnología deben considerarse como propiedad, y los derechos ortodoxos de propiedad intelectual son las reglas para la adquisición de este tipo de propiedad.

Este tópico constituye hoy día el campo de batalla para uno de los conflictos más serios entre el Norte y el Sur.³⁵ Abarca múltiples temas, cada uno con una variedad de ramificaciones jurídicas, políticas y culturales.

35 La literatura sobre este tema es inmensa. Véase por ejemplo, Brush y Stablinsky, eds., 1996; Shiva, 1997; Visvanathan, 1997; Posey, 1999. Los diferentes estudios de casos de conflictos y los posibles diálogos entre los conocimientos se pueden encontrar en los resultados del proyecto “Reinventar la emancipación social”. Véase www.ces.fe.uc.pt/emancipal y Santos, ed., 2004a y 2004b.

Bajo este epígrafe me ocuparé exclusivamente de aquellos que involucran la zona de contacto. La zona de contacto aquí es el espacio-tiempo en el que se encuentran conocimientos alternativos y rivales: por un lado, la moderna ciencia y tecnología de origen occidental; por otro lado, los conocimientos locales indígenas y campesinos de base comunitaria que han sido los guardianes de la biodiversidad. Esta no es una nueva zona de contacto, sino una que ha adquirido gran importancia en los años recientes debido a la revolución del microchip y de la biotecnología. La innovación científica ha facilitado en poco tiempo el desarrollo de nuevos productos farmacéuticos derivados de plantas que se conocen por curar ciertas enfermedades. Sobre todo más allá del alcance de las industrias biotecnológicas y farmacéuticas, el conocimiento del valor terapéutico de las plantas se encuentra en manos de *shamans*, *mamos*, *taitas*, *tinyanas*, *vanaymusòros*, *curanderos* o curadores tradicionales. En suma, es un conocimiento no occidental que, debido a que no se ha creado según las normas y criterios del moderno conocimiento científico, se concibe como tradicional. La cuestión clave en esta área es la siguiente: mientras que las compañías biotecnológicas y farmacéuticas exigen derechos de propiedad intelectual sobre los procesos en los que obtienen el ingrediente activo de las plantas. ¿Pueden los que detienen el conocimiento tradicional proteger igualmente, de la manera que les sea conveniente, su conocimiento sobre las propiedades curativas de las plantas, sin el cual la biodiversidad no se puede poner al uso industrial?

En esta zona de contacto, el choque es por lo tanto doble, entre los conocimientos distintos y entre concepciones de propiedad rivales. La dicotomía tradicional/moderno está muy presente en esta zona de contacto. Lo que es “tradicional” sobre el conocimiento tradicional no es el hecho de que sea viejo, sino la manera en la que se adquiere y se utiliza, es decir, el proceso social de aprender y de compartir conocimiento, que es único para cada cultural local. La mayor parte de este conocimiento es con frecuencia totalmente nueva, pero posee un significado social y un carácter jurídico, completamente diferente al conocimiento que los pueblos indígenas han adquirido de los colonizadores y de las sociedades industrializadas.

La zona de contacto entre el conocimiento tradicional herbario y el conocimiento científico moderno de la biodiversidad es un campo social

de fuertes disputas políticas y jurídicas. Puesto que la mayor parte de la biodiversidad está en el Sur, especialmente en los territorios de los pueblos indígenas, el tema jurídico y político que se plantea es bajo qué condiciones puede otorgarse el acceso a la biodiversidad, así como qué tipo de compensación debe otorgarse a los Estados o comunidades que tienen que ver con el saber, dadas las enormes ganancias obtenidas por las empresas biotecnológicas y farmacéuticas por la explotación de la biodiversidad. Incluso asumiendo que el conocimiento tradicional debe protegerse, ¿quién lo protegerá y cómo?, ¿con qué tipos de control sobre los mecanismos de protección?

Los riesgos para las comunidades locales e indígenas han aumentado dramáticamente como resultado del creciente uso de la biotecnología en la producción de bienes para la exportación y de la adopción, en 1995, del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), de la OMC.³⁶ Estos dos factores han creado un gran mercado potencial para el conocimiento y para los recursos de las comunidades indígenas y locales y han planteado miedos significativos de que estos recursos sean privatizados indebidamente. Como consecuencia, el conocimiento indígena y local está recibiendo una creciente atención internacional, no solo por su relación con las luchas indígenas y comunales para la autodeterminación y los derechos de grupos, sino también a causa de su vínculo con el choque entre el conocimiento tradicional y la ciencia moderna. Recientes y llamativos casos como el de ayahuasca (una planta tradicional utilizada como medicina y alucinógeno) de Sudamérica, cúrcuma de la India y la jabonera de África, por ejemplo, han llamado la atención internacional y han puesto el tema en la agenda de las organizaciones y movimientos sociales cosmopolitas del mundo (Kothari, 1999).

La resolución del conflicto dependerá del tipo de paradigma jurídico que prevalezca y ocasionará un cierto tipo de sociabilidad en la zona de contacto. Hasta ahora el demoliberalismo ha constituido el paradigma dominante y ha engendrado una sociabilidad de violencia que en este caso adopta la forma de la biopiratería (Shiva, 1997) o, como mucho, de

36 Véase Correa, 2000 y The Crucible Group, 1994.

reconciliación. Algunos líderes indígenas han requerido la coexistencia — esto es, conceder acceso al saber indígena sujeto a las condiciones establecidas por los pueblos indígenas— una propuesta que, excepto en algunos casos restringidos, parece bastante poco realista dada la presión, proveniente de las partes contrarias, para sociabilidades híbridas que en estos casos con frecuencia significan acuerdos informales fácilmente manipulables por la parte más fuerte. Cuando la reconciliación es favorecida, se alcanza un acuerdo orientado en el pasado que, por medio de la compensación (monetaria o de otra clase), otorga algunas concesiones al saber indígena/tradicional a la vez que confirma el interés ampliamente extendido del conocimiento biotecnológico.

La agenda cosmopolita subalterna e insurgente exige la convivencialidad gobernada por el principio de la igualdad y por el principio de la diferencia. En sus condiciones, la integridad cultural del saber no occidental debería respetarse totalmente a través del reconocimiento en condiciones de igualdad de los conocimientos rivales y concepciones rivales de propiedad en juego. Los movimientos indígenas y los movimientos sociales transnacionales aliados se pelean por esta zona de contacto y por los poderes que la constituyen y luchan por la creación de otras zonas de contacto no imperiales, en las que las relaciones entre los diferentes saberes pueden ser más horizontales, fortaleciendo la idea de traducción entre los conocimientos biomédicos y tradicionales. Por consiguiente, dependería de las comunidades indígenas/tradicionales determinar las condiciones bajo las cuales una posible entrada en la esfera de la moderna economía capitalista podría favorecer sus intereses comunitarios en el futuro. En ésta y en similares luchas³⁷ emprendidas por movimientos que se enfrentan a la ortodoxia global de los derechos de propiedad intelectual y al monopolio del conocimiento científico moderno, la legalidad cosmopolita subalterna posee un papel central que jugar.

Por último, durante los últimos años se ha planteado otro ejemplo de legalidad cosmopolita en el campo de los derechos de propiedad intelectual. Aquí la zona de contacto no es tan visible, aunque sí lo es el choque

37 Estudios de casos de tales luchas se pueden encontrar en Posey, 1999; Meneses, 2004b; Xaba, 2004; Escobar y Pardo, 2004; Flórez-Alonso, 2002; Coelho, 2004; Santos, 2007 (bajo Laymert Santos) y Randeria, 2004.

entre los diferentes conceptos de propiedad y de salud. Está relacionado con la pandemia global VIH/Sida. Según Klug, los activistas y las organizaciones no gubernamentales de VIH/Sida como Médicos Sin Fronteras y OXFAM han concluido que la protección de la patente es una de las principales causas por las que los altos precios de los medicamentos impiden el acceso efectivo a las medicinas que curan las vidas de millones de pobres en los países en desarrollo. De esta manera, sus campañas se centran ahora en las medicinas recientemente patentadas para tratar infecciones ocasionales y las medicinas retrovirales que han hecho que el VIH/Sida sea una enfermedad crónica en el mundo desarrollado en lugar de una sentencia de muerte (Klug, 2001a y 2001b). Parece que las coaliciones contrahegemónicas globales frente a los derechos de propiedad intelectual en este campo están dando algunos frutos. Klug (2002) informa la retirada de dos procesos importantes en cuya raíz se encuentra el VIH/Sida: uno contra Sudáfrica, en un tribunal sudafricano, basada en una demanda presentada por la industria farmacéutica, y el otro contra Brasil, en la Comisión de Solución de Conflictos de la OMC, a instancia de los Estados Unidos. Además, debido a la presión internacional, la OMC, en su encuentro anual en Doha, Qatar (noviembre, 2001), pacto que el acuerdo ADPIC “no impide ni debería impedir que los miembros tomen medidas para proteger la salud pública... [y] que el acuerdo se puede y debe interpretar e implementar de una manera que se apoyen los derechos de los miembros de la OMC para proteger la salud pública y, en particular, para promover el acceso a las medicinas para todo el mundo”. A la luz de esto Klug concluye que “el reconocimiento de que el derecho económico internacional y ADPIC en particular pueden tener profundas implicaciones para la estrategia de salud pública de un país, ha reabierto el debate sobre el impacto de las normas del comercio en los derechos humanos y en las políticas públicas dirigidas a tratar temas de pobreza, desigualdad y salud” (2001a: 4).

7.2. El derecho y el redescubrimiento democrático del trabajo

El redescubrimiento democrático del trabajo es un factor central en la construcción de sociabilidades cosmopolitas. El trabajo es, por esa razón,

uno de los campos sociales en el que los choques entre el demoliberalismo y el cosmopolitismo son más violentos a nivel local, nacional y global. La separación de la economía desde la sociedad ocasionada por la globalización neoliberal, lo cual reduce el trabajo a un mero factor de la producción, ha disminuido la posibilidad de que el trabajo sustente y sea un conducto para el disfrute de los derechos de ciudadanía incluso en los países del centro del sistema mundo. Esto ha supuesto una masiva intervención de la legalidad neoconservadora contra el derecho y los derechos laborales que el liberalismo y el demosocialismo han promocionado bajo la presión de los movimientos de los trabajadores.

Especialmente en esta área, el demoliberalismo ha resultado en los últimos años ser incapaz o no estar dispuesto a enfrentarse a la corriente neoconservadora. En su mayor parte se ha entregado a ella. Esto ha sucedido principalmente mediante cambios drásticos en las escalas relevantes de intervención jurídico-política. La globalización neoliberal ha conseguido situar el sistema nervioso de regulación del trabajo a escala global y de acercarlo a legalidades y políticas neoconservadoras ilimitadas. Debido a que el demoliberalismo ha subsistido como una política y legalidad nacional, su credibilidad se ha erosionado a medida que la escala nacional de regulación laboral ha cedido el paso a la escala global. Es, por lo tanto, un campo en el que el enfrentamiento en los próximos años muy probablemente tendrá lugar entre el demoliberalismo conservador y el cosmopolitismo.

Contrariamente a las expectativas del movimiento obrero del siglo XIX, los capitalistas del mundo entero, no los trabajadores, se han unido. Mientras que el capital se globalizó, los sindicatos laborales cimentaron su fuerza a nivel nacional. A fin de enfrentarse al capital global, el movimiento laboral debe reestructurarse profundamente. Ha de incorporar las escalas transnacionales y locales tan eficientemente como en su día incorporó la escala nacional. También es una nueva tarea del movimiento sindical reinventar la tradición de la solidaridad de los trabajadores y las estrategias del antagonismo social. Debe diseñarse un nuevo, más amplio círculo de solidaridad a fin de afrontar las nuevas circunstancias de exclusión social y los tipos de opresión existentes en las relaciones *en* la producción, yendo así más allá del ámbito convencional de las exigencias de

los sindicatos —esto es, aquellas con respecto a las relaciones *de* producción, es decir, la relación del salario. Por otra parte, las estrategias de antagonismo social deben reconstruirse. Se requiere un movimiento laboral más político para luchar por una alternativa civilizada, donde todo está conectado a todo lo demás: el trabajo y el medioambiente; el trabajo y el sistema educativo; el trabajo y el feminismo; el trabajo y las necesidades colectivas sociales y culturales; el trabajo y el Estado de bienestar; el trabajo y las personas mayores, etc. En una palabra, las exigencias de los trabajadores no deben omitir nada que afecte la vida de los trabajadores y los parados. Este es el espíritu, por ejemplo, del tipo de “movimiento social sindicalista” que, como ha mostrado Moody (1997), ha emergido lentamente en algunos países del Sur global.³⁸

Los ejemplos más sostenidos de legalidad cosmopolita actual pueden reunirse bajo la misma idea normativa, esto es, la idea de que el trabajo se debe compartir democráticamente a escala global. La revolución tecnológica permanente en la que nos encontramos permite la creación de riqueza sin la creación de empleos. El *stock* disponible de trabajo se debe por lo tanto redistribuir a escala mundial. Esta no es una tarea fácil porque aunque el trabajo, en cuanto un factor de producción, es, hoy en día, globalizado; las relaciones laborales y los mercados de trabajo están tan segmentados y territorializados como antes. Hay cuatro iniciativas que parecen las más prometedoras. Todas son globales en su dimensión, aun que distribuidas desigualmente en la economía global.

La primera iniciativa supone la *reducción de las horas de trabajo*. Aunque esta sea una iniciativa crucial para redistribuir el trabajo, hasta ahora ha tenido muy poco éxito excepto en unos pocos países europeos. Por esa razón lo dejaré como un ítem en la agenda de la legalidad cosmopolita sin profundizar más sobre él ahora.

La segunda iniciativa está relacionada con la implementación de *Estándares Laborales Internacionales*, es decir, la definición de los derechos básicos que se deben garantizar a los trabajadores alrededor del mundo y cuya protección es un prerrequisito para la libre circulación de productos en el mercado global. La cuestión de los Estándares Laborales

38 Para una discusión sobre las estrategias para avanzar en la creación de vínculos de solidaridad entre los sindicatos alrededor del mundo, véase en general Gordon y Turner, eds., 2000.

Internacionales constituye hoy en día un tema fascinante para el debate académico y la movilización política. Comprende una amplia gama de propuestas y alternativas dirigidas a detener la carrera hacia abajo, a la que los países del Sur están forzados a someterse en ausencia de una regulación internacional del trabajo. Algunas de las estrategias que se discuten y desarrollan alrededor del mundo incluyen el refuerzo y la aplicación efectiva de las convenciones de la OIT, la inclusión de tales cláusulas en los acuerdos comerciales globales, como los de la OMC, o en regionales como Nafta, la adopción de códigos de conducta por corporaciones transnacionales bajo la presión de los consumidores del Norte y la creación de mecanismos para monitorizar la obediencia a tales códigos, y el uso de sanciones unilaterales contra los países que patrocinan condiciones de trabajo abusivas.³⁹

A fin de no generar un proteccionismo discriminatorio, los Estándares Laborales Internacionales deben adoptarse junto a otras dos iniciativas: la mencionada reducción del horario laboral y la flexibilización de las leyes de emigración con miras a la progresiva desnacionalización de la ciudadanía. La segunda fomentará un reparto más igualitario del trabajo a nivel mundial, favoreciendo los flujos de personas desde las regiones periféricas a las regiones del centro. Hoy en día, y contrariamente a lo que se publica en la propaganda del nacionalismo xenófobo en los países centrales, dichos flujos ocurren predominantemente entre países periféricos y constituyen para ellos una carga insoportable. Contra el *apartheid* social al que el precontractualismo y el poscontractualismo someten a los migrantes, la ciudadanía se debe desnacionalizar a fin de otorgar a los inmigrantes condiciones que garanticen tanto la igualdad como el respeto por la diferencia, de suerte que el reparto del trabajo también se convierta en un reparto multicultural de la sociabilidad.

La tercera iniciativa, muy vinculada a la anterior, se refiere al movimiento *anti-sweatshop*.⁴⁰ El movimiento se basa en una red de diferentes organizaciones, en lugar de en un organismo centralizado. Hasta la actualidad, se

39 Para una investigación sobre estas estrategias diferentes, véase Compa y Diamond, eds., 1996.

40 Una *sweatshop*, también conocida como “fábrica del sudor” es una tienda o fábrica en la que los empleados trabajan durante muchas horas por un salario bajo y en circunstancias insalubres (N. del T.).

ha centrado en ampliar la conciencia del consumidor y en crear una presión del consumidor contra las empresas que se ha sabido que violan los derechos de los trabajadores en sus instalaciones deslocalizadas o que toleran tales abusos en fábricas con las que subcontratan. Por medio de la presión del consumidor, las organizaciones *anti-sweatshop* han estado presionando para que las grandes empresas adopten códigos de conducta, especialmente en las industrias de ropa y calzado.⁴¹ Actualmente, las coaliciones transnacionales cosmopolitas para la supresión de *sweatshops* incluyen a sindicatos, organizaciones de consumidores, grupos religiosos, ONG de derechos humanos, agencias independientes de evaluación, organizaciones de estudiantes, agencias de ámbito vasto como el Consorcio de los Derechos de los Trabajadores/ Workers Rights Consortium y la Asociación por el Trabajo Justo/ Fair Labor Association —y, muchas con reticencias, algunas corporaciones transnacionales.⁴² A la vista de la implacabilidad agresiva y difusa/invasiva del neoliberalismo global y de la incapacidad o falta de voluntad de la legalidad estatal demoliberal, donde sea que esté todavía presente, para ofrecer una resistencia creíble, las luchas cosmopolitas en esta área deben otorgar una prioridad especial a la construcción ética y política del conflicto antes de pretender una estrategia jurídica. Dicha estrategia tendrá un foco doble.

En primer lugar, los grupos subalternos implicados en esta lucha y sus aliados conocen por experiencia la falta de confianza de la política y legalidad demoliberal de hoy en día en el campo social del trabajo y de las relaciones laborales. Por otra parte, dadas las circunstancias desfavorables, el movimiento no puede permitirse no hacer uso de los instrumentos jurídicos disponibles. Sin embargo, para evitar la frustración causada por los fracasos injustos y el impacto negativo que puede tener en la motivación de los activistas, es necesario que los grupos cosmopolitas traten de movilizar la legalidad demoliberal de una manera no hegemónica, presionando a los

41 Véase Ross, 1997, para una investigación de las estrategias legales y políticas emprendidas por coaliciones transnacionales para la defensa de los derechos de los trabajadores. Para un debate sobre códigos de conducta como medios para detener a las *sweatshop*, véase Fung *et al.*, 2001 y Rodríguez-Garavito, 2005a y 2005b.

42 El funcionamiento de dichas coaliciones en América Central se ha estudiado, entre otros, por Anner, 2000.

tribunales y a los legisladores a través de movilizaciones políticas innovadoras. El principal objetivo de tal movilización radica en la amplificación simbólica de la violación de derechos laborales mediante la transformación del asunto jurídico a mano en uno moral: la denegación injusta y moral de la dignidad humana. En efecto, esta ha sido la táctica utilizada en las luchas manifiestamente más exitosas contra las *sweatshops*, que han conseguido combinar estrategias jurídicas en juzgados locales junto a una constante presión internacional por parte de organizaciones simpatizantes y movimientos sociales (Anner, 2000).

El segundo enfoque de la legalidad cosmopolita reside en la legalidad global subalterna tal como está irrumpiendo desde la lucha arriba mencionada a favor de los Estándares Laborales Internacionales y también desde una nueva convergencia entre los derechos humanos y los derechos laborales, que por ahora es muy prematura y aparece llena de ambigüedades. El objetivo ahora es explorar en qué medida lo que se ha perdido, en cuanto a derechos laborales, a nivel nacional, se puede recuperar a nivel global. Los recientes debates dentro de la OIT para definir una lista de “derechos laborales esenciales” que proteger como derechos humanos básicos alrededor del mundo va en esta dirección, aunque esta elección e inclusión de derechos es cuestión de controversia.

Finalmente, la cuarta iniciativa hacia un redescubrimiento del trabajo radica en el *reconocimiento del polimorfismo del trabajo*, es decir, la idea de que la flexibilidad de los métodos y procesos laborales no necesariamente conlleva la precariedad de las relaciones laborales. Un trabajo permanente, indefinido, a jornada completa, era el tipo de trabajo ideal que ha encaminado el movimiento de los trabajadores desde el siglo XIX. Sin embargo, tal tipo ideal tan solo tiene en cierto modo en la práctica un equivalente en los países del centro y solamente durante el breve período del fordismo. En la medida en que las llamadas formas atípicas de trabajo proliferan y el Estado promueve la flexibilización de las relaciones salariales, este tipo-ideal se está situando cada vez más lejos de la realidad de las relaciones laborales. Las formas atípicas de trabajo han sido utilizadas por el capital global como un medio para transformar el trabajo en un criterio de exclusión, lo que sucede cuando los salarios no permiten a los trabajadores superar la línea de pobreza. En dichos supuestos, reconocer el

polimorfismo laboral, lejos de ser un ejercicio democrático, augura un acto de fascismo contractual. En este terreno, la agenda cosmopolita asume dos tipos. Por un lado, el reconocimiento de los diferentes tipos de trabajo es democrático en la medida en que crea, para cada tipo, un mínimo umbral de inclusión. Es decir, el poliformismo laboral es aceptable solo en la medida en que el trabajo permanece como un criterio de inclusión. Por otra parte, la formación profesional se debe incorporar en la relación salarial sin importar el tipo y duración del trabajo.

7.3. El derecho y la producción no capitalista

Una economía de mercado es deseable dentro de unos límites. Por el contrario, una sociedad de mercado, si fuera posible, sería moralmente repugnante y probablemente, ingobernable. Equivaldría a un fascismo social generalizado. Este es, sin embargo, el proyecto que la globalización neoliberal está tratando de poner en práctica a escala global. El capitalismo global no es solamente la extensión global de los mercados libres y la producción, de bienes y servicios sin la restricciones de la regulación estatal, sino también la mercantilización de tantos aspectos de la vida social como sean posibles. La mercantilización significa tanto la creación *ab ovo* de mercancías, es decir, la creación de productos y servicios valorados e intercambiados según las normas del mercado, como la transformación en mercancías de productos y servicios que se han producido y distribuido anteriormente de una manera no comercial. El segundo caso significa, por ejemplo, que las instituciones sociales —como la educación, la asistencia médica o la seguridad social— se convierten en y se tratan como mercancías de servicios por las fuerzas competitivas y los dictados de los intereses comerciales y de mercado.

En el campo social normalmente conocido como la economía, el cosmopolitismo tiene un objetivo cuádruple. El primero se refiere a las condiciones y relaciones de producción de las mercancías, específicamente la relación salarial. Este es el foco de las estrategias dirigidas al redescubrimiento democrático del trabajo analizado arriba. El segundo objetivo es la desmercantilización, es decir, buscar que los bienes y servicios públicos y las instituciones sociales no se privaticen, o que si se privatizan, no estén

completamente sometidas a las normas del mercado capitalista. Esta es la lucha, por ejemplo, de las comunidades empobrecidas alrededor del mundo —sobre todo, en épocas recientes en Bolivia— contra la adquisición, por parte de las corporaciones transnacionales, de las formas comunal y asequible de distribución de agua. El tercer objetivo es la promoción de mercados subalternos no capitalistas, es decir, mercados gobernados por la solidaridad en lugar de la avaricia. Por último, el cuarto objetivo es promover los sistemas alternativos de producción, la producción no capitalista tanto para los mercados capitalistas como los no capitalistas. Como he defendido en otro lugar al investigar estudios de casos sobre las iniciativas desarrolladas a lo largo de estas cuatro tendencias,⁴³ las economías alternativas actualmente combinan ideas y prácticas que se escogen de tradiciones diversas, desde el cooperativismo al desarrollo alternativo y al socialismo de mercado.

El segundo objetivo ha sido terreno para las alianzas progresivas del cosmopolitismo con el demoliberalismo. Los objetivos tercero y cuarto (junto al primero) son los más característicos del cosmopolitismo y probablemente los más prometedores a pesar de las circunstancias adversas. Como ocurre en general con el cosmopolitismo, el derecho es aquí un componente subordinado de las luchas cosmopolitas. Para propósitos concretos o en contextos políticos específicos el derecho puede ser, sin embargo, una herramienta importante, o la herramienta más importante, de una lucha determinada. Como es característico de la legalidad cosmopolita en general, el derecho aquí significa no solo el derecho estatal, sino también el derecho global cosmopolita, el derecho comunitario subalterno, etc.

Las iniciativas que se están desarrollando son múltiples y muy diversas. Por ejemplo, las cooperativas de trabajadores informales —desde los recolectores de basura en la India (Bhowmik, 2003) y Colombia (Rodríguez-Garavito, 2003a) a las amas de casa en las favelas de São Paulo (Singer, 2003)—, así como las cooperativas de trabajadores industriales despedidos durante el proceso de “reestructuración” corporativa (Bhowmik, 2003 y Singer, 2003) han utilizado de manera creativa las

43 Santos y Rodríguez-Garavito, 2003. Este y otros trabajos del proyecto “Reinventar la Emancipación Social” están disponibles en inglés en www.ces.fe.uc.pt/emancipal/.

herramientas del derecho estatal —y sus brechas— para avanzar con formas solidarias de producción y distribución de bienes y servicios. En muchos otros casos, los objetivos tercero y cuarto arriba mencionados se persiguen conjuntamente como dos componentes de la misma iniciativa. Los mercados alternativos con frecuencia promovidos para productos y servicios elaborados por unidades de producción no capitalistas. En relación al tercer objetivo, la creación de mercados alternativos, la principal iniciativa cosmopolita es el movimiento de comercio justo. Según la Asociación para el Comercio Justo:

La palabra “justo” puede significar muchas cosas diferentes para distintas personas. En las organizaciones de comercio alternativo, “el comercio justo” representa que los socios comerciales se basan en beneficios recíprocos y en un respeto mutuo; que los precios que se pagan a los productores reflejan el trabajo que realizan; que los trabajadores tienen derecho a organizarse; que las leyes nacionales de salud, seguridad y salariales son aplicadas; y que los productos son sostenibles para el medio ambiente y preservan los recursos naturales.⁴⁴

En la misma línea, Mario Monroy, un activista del comercio justo mexicano y director de “Comercio Justo México, AC”, afirma que:

Lo que es característico del comercio justo es la corresponsabilidad entre el productor y el consumidor. El pequeño productor es responsable de la fabricación de un producto de calidad excelente, ecológicamente responsable y elaborado sin ningún tipo de explotación humana. De esta manera, el comercio justo es el medio, el fin es la persona y la organización. El consumidor es responsable de pagar un precio justo, que no es una limosna, sino más bien un producto de mucha calidad, respetuoso con la naturaleza y elaborado con amor.⁴⁵

44 Internet. <http://www.fairtradedefederation.com/faq.html>. Acceso: 2 julio 2002.

45 Mario Monroy, conferencia presentada en la Universidad de Wisconsin-Madison en abril del 2001. Según Transfair, una agencia evaluadora y certificadora para el comercio justo, “el precio a nivel mundial (del café) es de 60 céntimos por libra y después de que los vendedores se llevan su parte, los pequeños productores acaban recibiendo entre 20 y 30 céntimos por libra. Por lo tanto, por medio del comercio justo existe un beneficio considerable para los productores; tras pagar los costes de la cooperativa, reciben entre 1 y 1,06 dólares por libra”.

El comercio justo es una diminuta isla prometedora dentro del injusto océano del comercio capitalista mundial. De los 3,6 trillones de dólares norteamericanos de todos los bienes que se intercambian a nivel mundial, el comercio justo es responsable solamente de un 0,01 por ciento. Pero está creciendo. La legalidad cosmopolita puede funcionar a dos niveles en el movimiento del comercio justo: mediante el cuestionamiento jurídico de la legalidad global por violar los derechos nacionales recurriendo por ello a las herramientas jurídicas demoliberales, y a través de la lucha por un derecho global cosmopolita en este campo presionando para la inclusión de cláusulas de comercio justo en los acuerdos internacionales de comercio. La primera estrategia jurídica se utiliza, por ejemplo, por la Unión de Trabajadores Siderúrgicos de América (United Steelworkers of America) en su cuestionamiento a la constitucionalidad de Nafta. La segunda es un elemento constitutivo del movimiento por el comercio justo, en su lucha por los principios sobre los que los acuerdos de comercio justo se deben basar: multilateralismo, democracia, transparencia, representación, igualdad, subsidiariedad, descentralización, diversidad y responsabilidad.

El componente jurídico de estas luchas cosmopolitas consiste con frecuencia en presionar por leyes locales y nacionales que establezcan regímenes jurídicos especiales para las organizaciones económicas populares que les permitan competir en condiciones justas, sin tener que renunciar a los valores locales y a la cultura local incorporada a sus productos. Como los Estados-nación son en general incapaces o están poco dispuestos a resistirse contra el derecho global neoliberal en principio hostil a lo que percibe como barreras al comercio o violación de las leyes del mercado, los gobiernos locales o comunitarios están con frecuencia más abiertos a dicha legislación alternativa. De esta forma, se pueden desarrollar vínculos locales/globales.

Otro ejemplo del derecho y de los sistemas de producción alternativa son las nuevas formas de pluralidad jurídica contrahegemónica que se proponen por parte de los movimientos y organizaciones de campesinos sin tierras o de pequeños agricultores en su lucha por el acceso a la tierra y reforma agraria. Esta nueva modalidad de legalidad cosmopolita puede en algunos casos implicar una cooperación facilitada por el Estado —como

fue el caso durante algún tiempo en Sudáfrica (Klug, 2003)— pero en la mayoría de los casos se enfrenta al Estado y a la legislación estatal —como en la India, Brasil⁴⁶ y México. El destino de este tipo de legalidad cosmopolita depende estrictamente de la movilización política que el movimiento y organización puedan generar. Con mucha frecuencia, enclaves jurídicos subalternos se crean en las tierras ocupadas —como los *assentamentos* (asentamientos) del Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra en Brasil— y permanecen durante el tiempo que se mantiene la ocupación. En algunos casos es posible desarrollar alianzas entre esta legalidad cosmopolita y la legalidad estatal demoliberal como, por ejemplo, cuando se fuerza al Estado a “regularizar” la ocupación de la tierra.

Estos tipos de alianzas pueden también suceder en áreas urbanas. Este puede ser el caso de las edificaciones informales en las ciudades a lo largo de la frontera entre los Estados Unidos y México, como se ha estudiado por Jane Larson. Según ella, las viviendas pobres en los Estados Unidos se han ido transformando cada vez más en viviendas informales a fin de sobrevivir a la falta de garantías sociales básicas, especialmente por la presión entre los salarios reales que van disminuyendo y por el hecho de que el apoyo del gobierno que está decayendo, tanto para una vivienda asequible como para el mantenimiento del poder adquisitivo (Larson, 2002: 142). Y efectivamente, la vivienda informal ya se está desplazando desde las fronteras al centro. Dada la poca probabilidad de que las políticas de vivienda estatales proporcionen viviendas normales para los trabajadores pobres, Larson reivindica un compromiso positivo con la informalidad. En lugar de declararla ilegal “regularizarla”. La regularización reduce el número de estándares reguladores para algunas poblaciones y “legaliza” algunas condiciones ilegales de las viviendas, en un programa dirigido a favorecer la autoinversión en vivienda.

Como es el caso de los campesinos sin tierras, el potencial cosmopolita de la regularización radica en el espacio que abre a la organización política y la movilización de los trabajadores pobres (las asociaciones de residentes, las organizaciones comunitarias, etc.), y en la presión que puede ejercer sobre el Estado para que comprometa más recursos en esta área de

46 Véase Navarro, 2003; Carvalho, 2003 y Lopes, 2003.

política social y para que mejore gradualmente la vivienda informal al nivel de una vivienda adecuada. Esto es lo que Larson denomina “realización progresiva”, un modelo de legalidad alternativo (2002: 142). Una realización progresiva, junto a la movilización política que la hace posible como algo diferente al populismo estatal, se distingue tanto de la represión neoconservadora de la informalidad sin una alternativa como de la celebración neoconservadora de la informalidad a lo Hernando de Soto (1989).

7.4. Derecho para los no ciudadanos

La ciudadanía como la suma total de derechos ejercidos efectivamente por los individuos y grupos es una cuestión de grado en las sociedades capitalistas. Hay superciudadanos —aquellos que pertenecen a la sociedad civil íntima— y el resto. El resto es la sociedad civil extraña que incluye múltiples matices de ciudadanía. Y luego están los no ciudadanos, aquellos individuos y grupos sociales que pertenecen a la sociedad civil incivil y a las fronteras entre la sociedad civil extraña y la incivil. Las experiencias de vida de las personas en la última categoría se corresponden con esta ausencia de ciudadanía y realmente caracteriza, no solo sus relaciones con el Estado sino también sus interacciones con otras personas, incluyendo en ocasiones a aquellos que participan en la sociedad civil incivil. Dichas experiencias de vida difieren según si el no ciudadano ha sido expulsado de algún tipo de contrato social y, por lo tanto, de la inclusión social que lo hizo posible (el poscontractualismo) o si el no ciudadano jamás ha experimentado ningún tipo de inclusión social contractual (el precontractualismo). En el primer caso, la ciudadanía se vive como una ruina, o como una memoria, mientras que en el segundo es o bien una aspiración irrealista o una idea completamente incomprensible. La no ciudadanía es el grado cero de un contrato social basado en la inclusión. Cualquier inclusión social que se alcance a este nivel se alcanza en términos de no-ciudadanía, de filantropía paternalista o de auténtica solidaridad. Es, en otras palabras, una inclusión que confirma o al menos fomenta el sistema de exclusión social.

Uno podría preguntarse cuál sería el papel del derecho en las situaciones de no ciudadanía, para no hablar del papel del derecho cosmopolita. La no ciudadanía es el resultado intencionado o no intencionado de la legalidad demoliberal. Para el demoliberalismo, la no ciudadanía es un marcador de su impotencia como práctica política, mientras que para el cosmopolitismo la no ciudadanía es el imperativo negativo que genera una tarea para la inclusión social y la emancipación. En efecto, el cosmopolitismo se centra concretamente en la no ciudadanía, como se ilustra con los ejemplos de la legalidad cosmopolita analizados arriba. Después de todo, los pueblos indígenas y los campesinos sin tierras son, al menos en América Latina, el ejemplo más cruel de la no ciudadanía.

Bajo este epígrafe hago referencia de forma general a situaciones en las que se busca una inclusión mínimamente dignificante y en las que es así más difícil pensar en la emancipación social, incluso en su concepción más débil o estrecha, como una posibilidad realista. Con frecuencia lo que está en juego es una mera supervivencia dado que la probabilidad más realista y más cercana es la muerte. Desde una perspectiva cosmopolita, el derecho es una necesidad casi problemática de las luchas respecto de la no ciudadanía. Por un lado, la movilización política del derecho es aquí especialmente apropiada ya que este es un campo social en el que las alianzas con el demoliberalismo tienen probabilidad de triunfar. Por otro lado, la fuerza que la estrategia jurídica puede tener en este campo es un indicador de los estrechos límites en los que se está llevando a cabo la lucha.

Distingo tres tipos de legalidad cosmopolita en esta área que abarcan distintas escalas de legalidad. La primera es el derecho global. Se refiere a la *movilización política de los derechos humanos internacionales* o de los convenios internacionales sobre la intervención humanitaria en situaciones de exclusión social extrema de amenaza para la vida. La segunda concierne al derecho estatal cuando se presiona al Estado para *establecer estándares mínimos para una ciudadanía basada en la inclusión*: ciudadanía de segunda o tercera clase. El ejemplo más importante de este tipo de movilización jurídica en los países del centro es el asunto de la “regularización” de los trabajadores migrantes “sin papeles”. Solamente en los Estados Unidos, se estima que el número de trabajadores “sin papeles” es de 11 millones. La lucha por una amnistía general está hoy en día en la agenda de las organizaciones de derechos humanos y de muchos sindicatos. En

efecto, la participación de los sindicatos en esta lucha es bastante reciente y representa un cambio radical de perspectiva por parte de los sindicatos, que anteriormente acostumbraban a percibir a los trabajadores “sin papeles” como enemigos que les estaban quitando los empleos disponibles. Estas alianzas cosmopolitas que involucran a los sindicatos y les trasladan más allá de los confines de su activismo convencional representan uno de los desarrollos más prometedores en el movimiento laboral en la dirección de lo que se denomina “sindicalismo de movimiento social” o “sindicato de ciudadanía”.

El tercer tipo de derecho cosmopolita en este área es el derecho local y se refiere a las comunidades que, habiéndose encontrado en una situación de no ciudadanía frente a comunidades más grandes o a la sociedad nacional, establecen constituciones locales mediante las cuales un pacto jurídico-político se sella entre los miembros de las comunidades con la intención de defenderse mejor a sí mismos contra las fuerzas exclusionarias externas, ya sea de las agencias estatales o no estatales, los agentes legales o ilegales. El ejemplo más notable de este tipo de legalidad cosmopolita subalterna es la comunidad de paz de San José de Apartadó, Colombia. La población de esta pequeña localidad situada en la región de Urabá, bajo las peores condiciones, se propuso a finales de los años noventa establecer una comunidad de paz autónoma en medio del fuego cruzado. Enfrentada a una intensificación y deterioro del conflicto armado en su territorio, esta localidad optó por la paz, suscribiéndose a un pacto público según el cual los habitantes se comprometían a no involucrarse con facciones armadas —grupos paramilitares, las guerrillas y el Ejército— y a exigir respeto de todos ellos, incluyendo el Estado, y a establecer la propia forma de organización social de la localidad. Así, adoptaron una posición pacífica y rechazaron abandonar los terrenos de su propiedad y sus casas. El pacto público se firmó y se convirtió en la Constitución local que vinculó a todos los aldeanos (Uribe, 2003).

7.5. El Estado como novísimo movimiento social

El epígrafe de este texto puede llegar a sorprender y requiere una justificación. A mi entender, el actual declive de los poderes reguladores convierte

en obsoletas las teorías del Estado que han prevalecido hasta ahora, tanto de origen liberal como marxista. La despolitización del Estado y la desestatización de la regulación social, dando lugar como se ha enfatizado arriba a la erosión del contrato social, demuestra que bajo el mismo nombre —el Estado— está emergiendo una nueva forma de organización política más grande, articulada por el propio Estado, y compuesta de un conjunto híbrido de flujos, redes y organizaciones, en las que el Estado y el no Estado, los elementos nacionales y globales se combinan e interpenetran.

La relativa miniaturización del Estado dentro de esta nueva organización política normalmente se concibe como la erosión de la soberanía del Estado y de su capacidad reguladora. En realidad, lo que está ocurriendo es una transformación de la soberanía y la emergencia de un nuevo modo de regulación, en el que los bienes públicos hasta ahora producidos por el Estado —legitimidad, bienestar social y económico, seguridad e identidad cultural— son objeto de permanente disputa y de una negociación meticulosa entre los diferentes actores sociales bajo la coordinación del Estado. Esta nueva organización política no posee un centro, y de esta manera la coordinación por el Estado opera realmente como imaginación del centro. En la nueva constelación política, el Estado es una relación política parcial y fragmentada, abierta a la competencia entre agentes de la subcontratación y de las franquicias políticas, portadores de concepciones alternativas de los bienes públicos que se han de entregar.

Bajo estas nuevas condiciones, en lugar de un conjunto de instituciones homogéneas, el Estado es un campo de batalla político no regulado en el que las luchas tienen poca similitud a las luchas políticas convencionales. Las diversas formas de fascismo social buscan oportunidades para expandir y consolidar sus propias regulaciones despóticas, convirtiendo de esta manera al Estado en un componente de su esfera privada. Las fuerzas cosmopolitas, a su vez, deben centrarse en modelos de democracia de alta intensidad comprendiendo tanto acciones estatales como no estatales, transformando así al Estado en un componente de una variedad de esferas públicas no estatales. Esta transformación estatal es lo que designo como *el Estado como novísimo movimiento social*.

Las principales características de esta transformación son las siguientes. En la nascente organización política es necesario que el Estado coordine las diferentes organizaciones, intereses y redes que han surgido de la

desestatización de la regulación social. La lucha democrática es, de esta manera, antes que nada, una lucha por la democratización de las tareas de coordinación. Mientras que antes la lucha era sobre democratizar el monopolio regulador del Estado, hoy en día la lucha tiene que ver con la democratización y la pérdida de tal monopolio. Esta lucha contiene diversos aspectos. Las tareas de coordinación conciernen principalmente la coordinación de intereses divergentes, incluso contradictorios. Mientras el Estado moderno asumió como propia una versión de estos intereses, hoy en día el Estado solo asume como propia la tarea de coordinar intereses que pueden ser tanto nacionales como globales. Habiendo perdido el monopolio de la regulación, el Estado todavía mantiene el monopolio de la metarregulación, es decir, el monopolio de articulación y coordinación entre los reguladores privados subcontratados. Esto significa que, hoy en día, a pesar de las apariencias en contra, el Estado está más involucrado que nunca en la política de la redistribución social —y por lo tanto, también en los criterios de inclusión y exclusión. Esta es la razón por la que la tensión entre la democracia y el capitalismo, que necesita reconstruirse urgentemente, puede reconstruirse solo una vez que la democracia se conciba como la democracia distributiva que engloba tanto la acción estatal como la no estatal.

En la esfera pública donde el Estado incorpora intereses y organizaciones no estatales cuyas acciones coordina, la democracia redistributiva no se puede limitar a la democracia representativa, ya que esta fue diseñada para la acción política convencional, es decir, se confinó al dominio del Estado. En realidad, aquí reside la misteriosa desaparición de la tensión entre la democracia y el capitalismo de comienzos del siglo XXI. En efecto, la democracia representativa ha perdido las exiguas habilidades redistributivas que en su día tuvo. Bajo las nuevas condiciones, la redistribución social está construida sobre la base de la democracia participativa, involucrando tanto las acciones del Estado como las acciones de agentes privados, empresas, ONG y movimientos sociales, cuyos intereses y actuaciones coordina el Estado. En otras palabras, no tiene sentido democratizar el Estado si la esfera no estatal no se democratiza al mismo tiempo. Únicamente la convergencia de los dos procesos de democratización garantiza la reconstitución de la esfera pública.

Hoy en día, hay muchas experiencias políticas concretas alrededor del mundo de redistribución democrática de recursos obtenidos mediante una democracia participativa o una combinación de una democracia participativa y representativa. En Brasil, por ejemplo, cabe mencionar las experiencias del *Presupuesto Participativo* en ciudades gobernadas por el Partido de los Trabajadores (PT), especialmente y con un éxito especial en Porto Alegre.⁴⁷ Aunque estas experiencias han sido hasta ahora de un ámbito local, no existe razón por la cual la aplicación del Presupuesto Participativo no se pueda extender al gobierno regional o incluso nacional.

El límite de experiencias como la del Presupuesto Participativo es que solamente se ocupan de la utilización de los recursos estatales, sin atender al proceso de recaudación de estos recursos. Teniendo en cuenta las luchas e iniciativas del Presupuesto Participativo que ya se están desarrollando, sugiero que la lógica participativa de la democracia redistributiva se interese también en la obtención de recursos del Estado, por ejemplo en la política fiscal. Con respecto al sistema tributario, la democracia redistributiva se define a sí misma como solidaridad fiscal. La solidaridad fiscal del moderno Estado, en la medida que exista (impuestos progresivos, etc.), es una solidaridad abstracta. Bajo la nueva organización política, y dada la miniaturización del Estado, tal solidaridad se convierte aún más abstracta, y acaba siendo ininteligible para la mayoría de los ciudadanos. De ahí las varias revueltas contra los impuestos de las que hemos sido testigos durante los últimos años. Muchas de dichas revueltas son pasivas, en lugar de activas, y se manifiestan en una masiva evasión fiscal. Es necesario un cambio radical en la lógica fiscal de forma que se adapte a las nuevas circunstancias de dominación política. Me refiero, de esta manera, a la *tributación participativa*. Como las funciones del Estado se ocuparán más y más de la coordinación en lugar de la producción directa del bienestar, controlar el vínculo entre la recaudación y la asignación de recursos, por medio de los mecanismos de la democracia representativa, se vuelve prácticamente imposible. De ahí la necesidad de recurrir a mecanismos de democracia participativa.

47 Sobre la experiencia del Presupuesto Participativo de Porto Alegre, véase, entre muchos otros, Santos, 1998b, 2003a y 2004a.

La tributación participativa representaría una posibilidad de recuperar la capacidad extractiva del Estado, vinculada al cumplimiento de objetivos sociales definidos de una manera participativa. Una vez que tanto los niveles generales de tributación y el conjunto de objetivos susceptibles de ser financiados por los presupuestos del Estado se establezcan a nivel nacional por mecanismos que combinen la democracia representativa y participativa, se debe ofrecer a los ciudadanos y familias la posibilidad de decidir de forma colectiva dónde y en qué proporción se deben gastar sus impuestos. Algunos ciudadanos o grupos sociales puede que prefieran gastarse sus impuestos principalmente en la salud, mientras que otros pueden preferir la educación o la seguridad social, y demás.

Tanto los presupuestos participativos como los impuestos participativos son piezas fundamentales de la nueva democracia redistributiva. Su lógica política consiste en la creación de esferas públicas, no estatales, en las que el Estado representa el organismo clave de la articulación y coordinación. La creación de estas esferas públicas es, en las actuales circunstancias, la única alternativa democrática a la proliferación de esferas privadas fascistas aprobadas por el Estado. La nueva lucha democrática, como una lucha por una democracia redistributiva, es una lucha antifascista, a pesar de que tiene lugar en un campo político que es formalmente democrático. La lucha no adoptará las formas que asumió en su día cuando se trataba de luchar contra el fascismo del Estado. Pero tampoco se puede limitar a sí misma a los tipos de lucha democrática legitimados por los Estados democráticos que surgieron de las ruinas del fascismo estatal. Estamos, por lo tanto, a punto de crear nuevas constelaciones de luchas democráticas que permiten mayores y más amplias deliberaciones democráticas sobre mayores y más distinguidos aspectos de sociabilidad. Mi propia definición de socialismo como una democracia sin fin va en esta dirección.

Además del Presupuesto Participativo, que ya está establecido en algunas partes del mundo, y de la tributación participativa, que en la modalidad aquí propuesta consisten en una mera aspiración cosmopolita, existe una tercera iniciativa que ya se está desarrollando en varios países europeos y que se está poniendo a prueba en menor escala en otros países como Brasil y Sudáfrica. Me refiero al *salario básico universal*. Si garantizásemos a todos los ciudadanos un salario mínimo, sin tener en cuenta el estatus

laboral, que cubriera las necesidades para vivir, esta innovación institucional sería un mecanismo de inclusión social que abriría el camino para el ejercicio efectivo de todos los otros derechos de ciudadanía (Van Parijs, 1992). Las luchas por un salario básico garantizado son luchas cosmopolitas en la medida en que su lógica es establecer derechos económicos que no dependan de las mejoras y descensos de la economía, y como tal, no son meras respuestas a las necesidades acumulativas del capital.

El énfasis en la democracia redistributiva es una precondition para la conversión del Estado en el novísimo movimiento social. La otra es la que denomino como el *Estado experimental*. En una fase de transformaciones turbulentas en relación al papel del Estado en la regulación social, la matriz institucional del Estado, debido a su rigidez, va a estar sujeta a fuertes vibraciones que amenazan su integridad y que pueden producir efectos perversos. Además, esta matriz institucional se inscribe en un espacio-tiempo nacional que está experimentando el impacto combinado de los espacios-tiempos locales y globales, instantáneos y glaciales. La conclusión que se extrae es que el diseño institucional de la nueva modalidad del Estado emergente todavía se ha de inventar. De hecho, queda por comprobar si la nueva matriz institucional se compondrá de organizaciones formales o de redes y flujos, o incluso de formas híbridas, mecanismos flexibles, susceptibles de ser reprogramados. Por lo tanto, no es difícil predecir que las luchas democráticas de los próximos años consistirán básicamente en luchas por diseños institucionales alternativos.

Ya que lo que caracteriza a los períodos de transición paradigmática es el hecho de que, en ellos, coexisten las soluciones de los viejos y nuevos paradigmas, y que estas son con frecuencia tan contradictorias entre ellas como con las primeras, opino que esta circunstancia debe tenerse en cuenta al concebir las nuevas instituciones. A estas alturas sería poco aconsejable adoptar opciones institucionales irreversibles. El Estado debe transformarse en un campo de experimentación institucional, permitiendo la coexistencia y la competencia entre diferentes soluciones institucionales, como experiencias-piloto, sujetas al permanente escrutinio de colectividades de ciudadanos encargados de la evaluación comparativa de los resultados. La producción de bienes públicos, especialmente en la esfera de la política social, puede así hacerse de varias formas, y la opción entre ellas habrá de tomarse solamente después de que se hayan examinado por los ciudadanos las alternativas para su eficacia y cualidad democrática.

Al emprender una experiencia institucional se deben tener presente dos principios. El primero, que el Estado es solo auténticamente genuino en la medida en que a las diferentes soluciones institucionales se le facilitan condiciones iguales a fin de que se desarrollen según su propia lógica. Es decir, el Estado experimental es democrático en la medida en que otorga una igualdad de oportunidades a las diferentes propuestas de institucionalización democrática. Así que, la lucha democrática solo se puede verdaderamente convertir en una lucha por las alternativas democráticas. La experimentación institucional necesariamente causará algo de inestabilidad e incoherencia en la acción estatal, lo cual puede eventualmente generar nuevas exclusiones inesperadas. Este es un riesgo serio, aún más porque en la nueva organización política de la que el Estado forma parte, es todavía necesario que el Estado democrático proporcione una estabilidad básica a las expectativas de los ciudadanos y estándares básicos de seguridad e inclusión.

Bajo estas circunstancias, el Estado no solo debe garantizar la igualdad de oportunidades a los varios proyectos de institucionalización democrática, sino también —y aquí radica el segundo principio de experimentación política— estándares básicos de inclusión, en ausencia de los cuales la ciudadanía activa exigida para observar, verificar y evaluar el desempeño de proyectos alternativos no será posible. El nuevo Estado de bienestar es un Estado experimental, y la experimentación continua mediante la participación activa de los ciudadanos es lo que garantiza la sostenibilidad del bienestar.

El Estado como novísimo movimiento social implica una transformación importante del derecho estatal tal como lo conocemos bajo las actuales condiciones del demoliberalismo. El derecho cosmopolita es aquí el componente jurídico de las luchas por la participación democrática y experimentación en las políticas y regulaciones del Estado. El nuevo campo de luchas cosmopolitas es vasto; tan vasto como los tipos de fascismo que nos amenazan. Las luchas cosmopolitas no pueden, sin embargo, como consecuencia de ello, limitarse al espacio-tiempo nacional. Muchas de las luchas que se han presentado arriba presuponen una coordinación internacional, es decir, la colaboración entre Estados y entre movimientos sociales dirigida a reducir la competencia internacional entre ellos y a aumentar la cooperación. Así como el fascismo social se

legítima o naturaliza a sí mismo internamente como un precontractualismo o poscontractualismo impuesto por imperativos internacionales o globales insuperables, depende de las fuerzas cosmopolitas transformar el Estado nacional en un elemento de una red internacional dirigido a reducir o neutralizar el impacto destructivo y excluyente de esos imperativos, en la búsqueda de la redistribución igualitaria de la riqueza producida globalmente. Los Estados del sur —especialmente los grandes Estados semi-periféricos, como Brasil, India, Sudáfrica, una futura China democrática o una Rusia sin mafias— tienen en este aspecto un papel decisivo que jugar. El aumento de la competencia internacional entre ellos será desastrosa para la gran mayoría de los habitantes y nefasta para las poblaciones de los países de la periferia. La lucha por un derecho internacional nuevo, más democrático y participativo es, así, una parte integrante de la lucha nacional por una democracia redistributiva.

VIII. Conclusión

He escrito bajo la lógica de la sociología de la emergencia. Mi objetivo ha consistido en desarrollar los síntomas de la reconstrucción de la tensión entre la regulación y la emancipación social, así como el papel del derecho en tal reconstrucción. La credibilidad de los síntomas se ha construido en base a un trabajo de excavación de los fundamentos del paradigma de la modernidad: un trabajo que ha confirmado el agotamiento del paradigma, aunque también ha revelado la riqueza e inmensidad de la experiencia social que ha presentado al comienzo como posible, y que después ha desacreditado, marginado o simplemente suprimido.

La reconstrucción de la tensión entre la regulación y la emancipación social ha forzado el sometimiento del derecho moderno —uno de los grandes factores de disolución de la tensión— a un análisis crítico radical, en realidad un des-pensar. Este despensar, sin embargo, no ha tenido nada que ver con el modo deconstructivo. Por el contrario, su objetivo era liberar al pragmatismo de sí mismo, es decir, de su propia tendencia a acatar las concepciones dominantes de la realidad. Una vez que estas concepciones dominantes se desplazaron, se pudo identificar un rico y profundo paisaje jurídico, una realidad que está justo enfrente de nosotros pero que

con frecuencia somos incapaces de percibir porque carecemos de una perspectiva de interpretación o códigos adecuados.

Esta carencia se puede explicar por parte de las disciplinas convencionales del estudio del derecho, desde la jurisprudencia a la filosofía del derecho, desde la sociología del derecho a la antropología del derecho. Ellas son responsables de la construcción del canon jurídico modernista, un canon estrecho y reduccionista que desacredita, silencia o niega de forma arrogante las experiencias jurídicas de importantes grupos de la población.

Una vez que se recuperó esta experiencia sociojurídica, fue posible comprenderla del todo en su diversidad interna, sus muchas escalas, sus muchas y contradictorias orientaciones culturales y políticas. Me he concentrado en presentar el prolegómeno de una teoría capaz de tener en cuenta esa rica experiencia sociojurídica de una forma que puede incluso enriquecerla y fortalecerla.

Sin embargo, faltaba todavía por desempeñar una tarea adicional: evaluar el potencial de esa experiencia para reinventar la emancipación social. La última parte se ha dedicado a este tema: una vez formulada —¿puede el derecho ser emancipatorio?— la pregunta se ha sometido a un análisis crítico a fin de clarificar tanto sus posibilidades como sus límites. La riqueza del paisaje jurídico identificado ha hecho posible la sociología de las emergencias. En otras palabras, una amplia variedad de luchas, iniciativas, movimientos y organizaciones, tanto a nivel local y nacional como global, en las que el derecho es uno de los recursos utilizados para propósitos emancipatorios, se presentaron como creíbles.

Como he clarificado, esta utilización del derecho va más allá del canon jurídico modernista. Se recurre a modalidades de derecho que no se reconocen frecuentemente como tal (modalidades de derecho informal, las no oficiales). Además, cuando se recurre al derecho oficial, del Estado, su utilización nunca es convencional; más bien, dicho derecho se convierte en parte de un conjunto más amplio de recursos políticos. Con frecuencia el derecho se presenta bajo la apariencia de prácticas ilegales mediante las cuales se lucha por una legalidad alternativa.

Por último, lo que se designa como legal, ilegal o incluso alegal consiste en elementos de constelaciones legales que se pueden activar a escala local, nacional o global. Los he designado en conjunto como una

legalidad cosmopolita subalterna. Una vez que esta trayectoria se ha completado, es posible demostrar que la pregunta: “¿Puede el derecho ser emancipatorio?”, acaba siendo tan ventajosa como inadecuada. Después de todo, el derecho no puede ni ser emancipatorio ni no emancipatorio; los que son emancipatorios o no emancipatorios son los movimientos, las organizaciones de los grupos cosmopolitas subalternos que recurren al derecho para progresar en sus luchas.

Como he enfatizado, bajo la lógica de la sociología de la emergencia esta legalidad cosmopolita subalterna está todavía en estado embrionario; es, sobre todo, una aspiración y un proyecto. Pero ya hay suficientes síntomas que justifican la adopción de concepciones más amplias de realidad y realismo. Tales concepciones abarcan no solo lo que existe, sino también lo que se genera activamente por la sociedad como no existente, así como lo que solo existe como un indicio o vestigio de lo que puede fácilmente ignorarse. La mejor forma de capturar esta realidad es mediante una agenda de investigación abierta.

Para la teoría y sociología convencional siempre será fácil desacreditar los indicios de una legalidad cosmopolita subalterna, así como la agenda de investigación que se dirige a desarrollarlos. Es fácil para ellas porque todo lo que han realizado históricamente es descartar las alternativas de un nuevo futuro que continúa, a pesar de ello, sucediendo. Mantienen concepciones teóricas y políticas que están arraigadas en nociones limitadas de realismo, recurren al pragmatismo para ocultar su pensamiento cínico y se presentan como defensores del escepticismo científico para estigmatizar como idealista todo lo que no encaja en sus limitadas perspectivas y análisis.

Estas perspectivas y análisis provienen de un tipo de racionalidad que en su prefacio a *Teodicea* [1710(1985)] Leibniz denominó como “razón indolente”. Consiste en lo siguiente: si el futuro es necesario y lo que tiene que ocurrir ocurre a pesar de lo que hagamos, es preferible no hacer nada, no preocuparse por nada y simplemente disfrutar el placer del momento. Esta forma de pensar es indolente porque renuncia a pensar ante la necesidad y el fatalismo, que según Leibniz son de tres clases: *Fatum Mahometanum*, *Fatum Stoicum* y *Fatum Christianum*.

La consecuencia social y política más vil de la razón indolente es el desperdicio de la experiencia. Este libro se ha escrito contra la razón indolente y el desperdicio de experiencia que provoca.

Capítulo 3

Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos

Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos

I. Introducción

Durante los últimos quince años, me ha sorprendido el grado en el que los derechos humanos se han convertido en el lenguaje de la política progresista. En efecto, durante muchos años, después de la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos constituyeron una parte y parcela muy importante de la política de la Guerra Fría, y así los consideraba la izquierda. Los dobles criterios, la complacencia hacia los dictadores aliados, la defensa de concesiones mutuas entre los derechos humanos y el desarrollo; todo esto provocó que los derechos humanos despertaran sospechas en cuanto un guión emancipatorio. Tanto en los países del centro como en el mundo en desarrollo, las fuerzas progresistas prefirieron el lenguaje de la revolución y del socialismo a la hora de formular una política emancipatoria. No obstante, con la crisis aparentemente irreversible de estos proyectos para la emancipación, aquellas mismas fuerzas progresistas se encuentran en la actualidad teniendo que recurrir a los derechos humanos a fin de reconstituir el lenguaje de la emancipación. Es como si se acudiera a los derechos humanos en busca de apoyo para llenar el vacío dejado por las políticas socialistas. ¿Puede en realidad el concepto de derechos humanos llenar semejante vacío? Solamente podrá si se adopta una política de derechos humanos radicalmente distinta de la hegemónica liberal, y solamente si tal política se concibe como parte de una más amplia constelación de luchas y discursos de resistencia y emancipación en

vez de como la única política de resistencia contra la opresión. Por consiguiente, mi objetivo analítico consiste en concretar aquí las condiciones bajo las cuales los derechos humanos pueden ponerse al servicio de una política progresista, emancipatoria.

La concreción de tales condiciones nos conduce a desenmarañar algunas de las tensiones dialécticas que se encuentran en el núcleo de la modernidad occidental. La crisis que actualmente afecta tales tensiones transmite mejor que nada los problemas a los que se enfrenta la modernidad occidental de hoy día. En mi opinión, la política de los derechos humanos de comienzos de siglo es un factor clave para entender tal crisis.

Identifico tres de estas tensiones. La primera sucede entre la regulación y la emancipación social. He estado defendiendo que el paradigma de la modernidad se basa en la idea de una tensión dialéctica creativa entre regulación y emancipación social que todavía se puede percibir, incluso sutilmente, en el *motto* positivista del “orden y progreso”. A principios del siglo XXI, esta tensión parece haber desaparecido. La tensión entre regulación y emancipación social se basaba en la discrepancia entre las experiencias sociales (el presente) y las expectativas sociales (el futuro), entre una vida social y personal en curso injusta, difícil y precaria y un futuro mejor, más justo, y en suma, más positivo. Sin embargo, desde que, a mitad de los años ochenta, el neoliberalismo comenzara a imponerse globalmente como la nueva versión del capitalismo *laissez-faire*, la relación entre las experiencias y las expectativas entre los cada vez más grandes organismos de población mundial se invirtió. No importa lo difícil que el presente parezca, el futuro parece todavía más difícil. En un contexto social y político de expectativas negativas, la emancipación ha cesado de ser lo contrario de la regulación a fin de convertirse en el doble de la regulación. Aquí dentro se encuentran las profundas raíces de la crisis de las modernas políticas de izquierda. Estas siempre se han basado en una crítica del statu quo en nombre de un futuro mejor, es decir, en nombre de expectativas positivas. Las divergencias dentro de la izquierda habían derivado, en consecuencia, de la medida de la discrepancia entre experiencias y expectativas: una diferencia más amplia que sustenta una política revolucionaria y una más estrecha, una política reformista. Hoy, en un contexto de expectativas sociales negativas, la izquierda se encuentra con frecuencia

en la posición de tener que defender el statu quo, una tarea política para la que no había estado históricamente preparada. Mientras que hasta mitad de los años setenta cualquier crisis de regulación social suscitaba el fortalecimiento de la política emancipatoria, hoy día somos testigos de una doble crisis social. La crisis de regulación social, simbolizada por la crisis del Estado regulador, y la crisis de la emancipación social, simbolizada por la doble crisis de la revolución y del reformismo social. La política de derechos humanos, que se había utilizado predominantemente para gestionar y mantener la tensión entre regulación y emancipación social bajo control, está atrapada en esta doble crisis mientras que procura, al mismo tiempo, superarla.

La segunda tensión dialéctica se produce entre el Estado y la sociedad civil. Como Dicey notó perspicazmente en el siglo XIX (1948: 306), el Estado moderno, aunque inicialmente fuera un Estado minimalista, es potencialmente un Estado maximalista, en la medida en que la sociedad civil, como el otro del Estado, se autorreproduce a través de leyes y regulaciones que emanan del Estado y para las cuales no parece existir un límite, siempre y cuando se respeten las reglas democráticas del proceso legislativo. Los derechos humanos se encuentran en el núcleo de esta tensión; mientras la primera generación de derechos humanos se diseñó como una lucha de la sociedad civil contra el Estado como el único violador de los derechos humanos, las generaciones segunda y tercera de derechos humanos recurren al Estado como el garante de esos derechos. Como resultado de este proceso histórico, se percibió al Estado como la solución a los problemas que confronta la sociedad civil. En realidad, se consideró a la sociedad civil como inherentemente problemática y necesitada de un Estado mucho más intervencionista. Por consiguiente, una sociedad civil fuerte solamente podía reflejar un Estado democráticamente fuerte. Por razones que no puedo explicar aquí, todo esto cambió a partir de los años ochenta en adelante con el crecimiento del neoliberalismo. El Estado cambió de ser una fuente de soluciones infinitas a una fuente de problemas infinitos; la sociedad civil dejó de ser el reflejo del Estado y se transformó en lo opuesto al Estado y, en consecuencia, una sociedad civil fuerte acabó exigiendo un Estado débil. Las políticas de derechos humanos, tanto en sus versiones hegemónicas como contrahegemónicas, quedaron

atrapadas en esta rápida transformación de conceptos y hasta ahora todavía no se han recuperado de ello.

Finalmente, la tercera tensión se produce entre el Estado-nación y lo que designamos globalización. El modelo político de la modernidad occidental es el de Estados-nación soberanos que coexisten en un sistema internacional de Estados soberanos iguales: el sistema interestatal. La unidad y escala privilegiada tanto de la regulación social como de la emancipación social es el Estado-nación. El sistema interestatal siempre se ha concebido como una sociedad más o menos anárquica, regulada por una legalidad muy flexible, del mismo modo que el internacionalismo de la clase trabajadora siempre ha constituido más una aspiración que una realidad. Hoy día, la erosión selectiva del Estado-nación debida a la intensificación de la globalización neoliberal plantea la duda de si tanto la regulación social como la emancipación social van a desplazarse al nivel global. Hemos comenzado a hablar de sociedad civil global, gobernanza global, equidad global. El reconocimiento mundial de la política de derechos humanos se encuentra en la vanguardia de este proceso. En este momento, sin embargo, este desplazamiento plantea muchos más problemas que soluciones. Para empezar, la mayoría de los derechos humanos exigibles todavía se hacen cumplir (y se infringen) a nivel estatal y, por lo tanto, el debilitamiento del Estado puede llevar consigo la erosión de su exigibilidad. En segundo lugar, a partir de la década de los noventa en adelante la globalización neoliberal comenzó a ser enfrendada por los movimientos sociales y las ONG progresistas, conduciendo a una globalización contrahegemónica, una globalización desde abajo,⁴⁸ emergieron nuevas concepciones de derechos humanos que ofrecían alternativas radicales a las concepciones liberales norte-céntricas que hasta entonces habían dominado con una supremacía incuestionable. Según estas últimas concepciones, el Sur Global era en general problemático en cuanto a su respeto por los derechos humanos, mientras que el Norte Global, considerado inmensamente más respetuoso con los derechos humanos, ofrecía su ejemplo y su ayuda internacional para mejorar la situación de los derechos humanos en

48 Sobre la naturaleza de la globalización, véase el Capítulo 6 del libro de Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá Trotta, 2009.

el Sur Global. Con la emergencia de la globalización contrahegemónica, el Sur Global comenzó a dudar de estas ideas demostrando, de forma sorprendente, que el Norte Global y su dominación imperial sobre el Sur —ahora intensificada por el capitalismo global neoliberal— era en efecto la fuente primaria de las más violentas violaciones de derechos humanos: millones y millones de personas condenadas al hambre y la malnutrición, a la pandemia y la degradación ecológica de sus vidas. Con concepciones tan contradictorias de derechos humanos y con las violaciones de derechos humanos llevadas a su fin a escala global, la totalidad del campo de la política de derechos humanos se ha vuelto más bien controvertida. El tercer problema que atormenta la política de derechos humanos también está relacionado con la emergencia de globalizaciones contradictorias. Reside en el hecho de que en muchos aspectos relevantes, la política de derechos humanos es una política cultural. Tanto que incluso podemos pensar que los derechos humanos simbolizan el retorno de lo cultural e incluso de lo religioso a finales del siglo XX y a comienzos del siglo XXI. Pero hablar de cultura y religión es hablar de diferencias, especialmente de límites. ¿Cómo pueden los derechos humanos ser al mismo tiempo una política cultural y global?

Mi propósito es desarrollar un marco analítico que sirva para resaltar y apoyar el potencial emancipatorio de la política de los derechos humanos en el doble contexto de las globalizaciones que compiten entre sí, por un lado, y de la fragmentación cultural y de las políticas de identidad, por el otro. Mi objetivo es establecer tanto un ámbito global como una legitimidad local para una política progresista de derechos humanos.

II. La reconstrucción intercultural de los derechos humanos

La complejidad de los derechos humanos consiste en que pueden concebirse o bien como una modalidad de localismo globalizado o como una modalidad de cosmopolitismo subalterno e insurgente, es decir, en otras palabras, como una globalización desde arriba o como una globalización desde abajo. Mi objetivo es especificar las circunstancias bajo las cuales los derechos humanos se pueden concebir como una modalidad

de globalización del segundo tipo. En este texto no me referiré a todas las circunstancias necesarias, sino más bien solo a las culturales. Mi tesis es que mientras los derechos humanos sean concebidos como derechos humanos universales, tenderán a funcionar como localismos globalizados, una forma de globalización desde arriba. Para poder funcionar como una forma de globalización cosmopolita, contrahegemónica, los derechos humanos deben ser reconceptualizados como multiculturales. Concebidos, como han estado, como universales, los derechos humanos siempre serán un instrumento de lo que Samuel Huntington llama el “choque de civilizaciones”, es decir, de la lucha de Occidente contra el resto del mundo, del cosmopolitismo del Occidente imperial contra cualquier concepción alternativa de la dignidad humana que esté socialmente aceptada en otra parte. Concebido de esta manera, el ámbito global de los derechos humanos se obtendrá a costa de su legitimidad local. Por el contrario, el multiculturalismo progresista, tal como lo entiendo, es una precondition para una relación equilibrada y mutuamente reforzante entre la competencia global y la legitimidad local, los dos atributos de una política contrahegemónica de derechos humanos en nuestro tiempo.

Sabemos, por supuesto, que los derechos humanos no son universales en su aplicación. Consensualmente se indentifican cuatro regímenes internacionales de derechos humanos en el mundo actual: el régimen europeo, el interamericano, el africano y el asiático.⁴⁹ Uno de los debates más acalorados de los derechos humanos es, en efecto, si los mismos son un concepto universal o más bien un concepto occidental y, paralelamente, si son universalmente válidos o no. Aunque estas dos cuestiones estén estrechamente relacionadas son, no obstante, autónomas. La primera trata de los orígenes históricos y culturales del concepto de derechos humanos, la segunda de sus exigencias de validez en un determinado momento de la historia. La génesis de una reivindicación moral puede condicionar su validez pero de ninguna manera la determina. El origen occidental de los derechos humanos puede fundarse en congruencia con su universalidad si, hipotéticamente, en un determinado momento de la historia estos se

49 Para un análisis extenso de los cuatro regímenes, véase Santos, 1995: 330-337; 2002: 280-311, y las bibliografías que allí se citan.

aceptaran universalmente como estándares ideales de la vida política y moral. Las dos cuestiones están, no obstante, interrelacionadas porque la energía movilizadora que se puede generar para hacer que la aceptación de los derechos humanos sea concreta y efectiva depende, en parte, de la identificación cultural con las presuposiciones que introducen a los derechos humanos como una reivindicación moral. Desde una perspectiva sociológica y política, la elucidación de esta articulación es de lejos más importante que la discusión abstracta tanto de la cuestión de anclaje cultural como de la validez filosófica.

¿Son los derechos humanos universales, una invariante cultural, es decir, parte de una cultura global? Afirmaría que el único hecho transcultural es que todas las culturas son relativas. La relatividad cultural (no el relativismo) también significa diversidad cultural e incompletud. Significa que todas las culturas tienden a definir como universales los valores que consideran fundamentales. Lo que está más elevado es también lo más generalizado. Así que, la cuestión concreta sobre las condiciones de la universalidad de una determinada cultura no es en sí misma universal. La cuestión de la universalidad de los derechos humanos es una cuestión cultural occidental. Por lo tanto, los derechos humanos son universales sólo cuando se consideran desde un punto de vista occidental. La pregunta sobre la universalidad de los derechos humanos traiciona la universalidad de lo que pone en cuestión por la forma como la cuestiona. En otras palabras, la pregunta de la universalidad es una pregunta específica, una pregunta cultural occidental. El grado en el que este punto de vista se pueda compartir, rechazar, ser apropiado o modificado por otras culturas depende de los diálogos interculturales facilitados por las concretas relaciones de poder políticas y sociológicas entre los diferentes países involucrados.

Debido a que la pregunta sobre la universalidad es la respuesta a una aspiración de totalidad, y debido a que cada cultura “sitúa” semejante aspiración alrededor de los valores fundamentales y de su validez universal, diferentes aspiraciones a diferentes valores fundamentales en diferentes culturas conducirán a preocupaciones isomorfas que, dados los adecuados procedimientos hermenéuticos, pueden convertirse en mutuamente inteligibles o mutuamente interpretables. En el mejor de los casos

es aún posible conseguir una mezcla o interpenetración de preocupaciones y conceptos. Cuando más iguales sean las relaciones de poder entre las culturas, más probable será que tal *mestizaje* suceda.

Podemos entonces concluir que, la pregunta acerca de la universalidad traiciona la universalidad de lo que interroga, cualquiera que sea la respuesta dada a ella. Sin embargo, han sido diseñadas otras estrategias para establecer la universalidad de los derechos humanos. Este es el caso de esos autores para quienes los derechos humanos son universales porque su titularidad corresponde a los seres humanos en cuanto seres humanos, es decir, porque independientemente del reconocimiento explícito, son inherentes a la naturaleza humana.⁵⁰ Este argumento alude el problema al desplazar su objeto. Puesto que los seres humanos no tienen los derechos humanos porque sean seres —la mayor parte de los seres no tienen derechos— sino porque son humanos, la universalidad de la naturaleza humana se convierte en la pregunta sin contestar que hace posible la respuesta ficticia a la pregunta de la universalidad de los derechos humanos. No existe un concepto culturalmente invariante de la naturaleza humana.

El concepto de derechos humanos se basa en un conjunto bien conocido de presupuestos, todos los cuales son claramente occidentales, a saber: hay una naturaleza humana universal que se puede conocer por medios racionales; la naturaleza humana es esencialmente distinta de, y superior a, la del resto de la realidad; el individuo tiene una dignidad absoluta e irreducible que debe ser defendida frente a la sociedad y al Estado; la autonomía del individuo requiere de una sociedad organizada de una manera no jerárquica, como una suma de individuos libres (Panikkar, 1984: 30). Puesto que todos estos presupuestos son claramente occidentales y liberales, y fácilmente distinguibles de otras concepciones de la dignidad humana en otras culturas, uno se puede preguntar por qué la cuestión de la universalidad de los derechos humanos ha generado un debate tan intenso o, en otras palabras, por qué la universalidad sociológica de esta pregunta ha acabado siendo más relevante que su universalidad filosófica.

50 Para dos opiniones contrarias, véase Donnelly, 1989 y Renteln, 1990. Véase también Schwab y Pollis, eds., 1982; Thompson, 1980; Henkin, ed., 1979; Diemer, 1986; Ghai, 2000 y Mutua, 2001.

Si observamos la historia de los derechos humanos en el período de posguerra, no es difícil concluir que las políticas de derechos humanos han estado, en conjunto, al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los Estados capitalistas hegemónicos. El discurso generoso y tentador sobre los derechos humanos ha consentido atrocidades indescriptibles las cuales han sido evaluadas y tratadas según una repugnante duplicidad de criterios (Falk, 1981). Pero el modelo occidental y en realidad el modelo liberal occidental del discurso dominante sobre los derechos humanos se podría comprobar en muchos otros ejemplos: en la Declaración Universal de 1948, cuyo borrador fue elaborado sin la participación de la mayoría de las personas del mundo; en el reconocimiento exclusivo de los derechos individuales, con la única excepción del derecho colectivo a la autodeterminación (que, sin embargo, se restringió a los pueblos sometidos al colonialismo europeo); en la prioridad otorgada a los derechos civiles y políticos sobre los económicos, sociales y culturales; y en el reconocimiento del derecho a la propiedad como el primero y, durante muchos años, el único derecho económico.

Pero esta no es toda la historia. En todo el mundo, millones de personas y miles de organizaciones no gubernamentales han estado luchando por los derechos humanos, a menudo corriendo grandes riesgos, en defensa de las clases sociales y grupos oprimidos que en muchos casos han sido victimizados por los Estados capitalistas autoritarios. Las agendas políticas de tales luchas son con frecuencia explícita o implícitamente anticapitalistas. Por ejemplo, se ha desarrollado discursos y prácticas contrahegemónicos de derechos humanos, se han propuesto concepciones no occidentales de derechos humanos, se han organizado diálogos interculturales sobre los derechos humanos. La tarea central de la política emancipatoria actual, en este terreno, consiste en que la conceptualización y práctica de los derechos humanos se transformen de un localismo globalizado a un proyecto cosmopolita insurgente.⁵¹

¿Cuáles son las premisas para semejante transformación? La primera premisa es que resulta imperativo trascender el debate sobre universalismo

51 Como he mencionado arriba, para ser emancipatoria una política de derechos humanos debe siempre concebirse y practicarse como parte de una política más extensa de resistencia y emancipación.

y relativismo cultural. Este es un debate inherentemente falso, cuyos conceptos polares son ambos igualmente perjudiciales para una concepción emancipatoria de derechos humanos. Todas las culturas son relativas, pero el relativismo cultural como postura filosófica es erróneo.⁵² Todas las culturas aspiran a tener valores y preocupaciones absolutos, pero el universalismo cultural en cuanto postura filosófica, es erróneo. Contra el universalismo, debemos proponer diálogos transculturales sobre preocupaciones isomórficas. Contra el relativismo, debemos desarrollar criterios procedimentales transculturales para distinguir la política progresista de la conservadora, el apoderamiento del desapoderamiento, la capacitación del desarme, la emancipación de la regulación. En la medida en que el debate suscitado por los derechos humanos pueda evolucionar hacia un diálogo competitivo entre diferentes culturas acerca de los principios de la dignidad humana, es indispensable que tal competencia genere coaliciones transnacionales para llegar más al máximo que al mínimo (¿Cuáles son los estándares absolutos mínimos? ¿Los derechos humanos más básicos? ¿El mínimo común denominador?). La advertencia a menudo expresada de no sobrecargar la política de derechos humanos con derechos nuevos, más avanzados o con concepciones diferentes y más amplias de derechos humanos (Donnelly, 1989: 109-124) es una manifestación tardía de la reducción de las reivindicaciones emancipatorias de la modernidad occidental al grado más bajo de emancipación posibilitado o tolerado por el capitalismo mundial: los derechos humanos de baja intensidad aparecen como la otra cara de la democracia de baja intensidad.

La segunda premisa es que todas las culturas poseen ideas sobre la dignidad humana, pero no todas conciben la dignidad humana como equivalente a derechos humanos. Es, por tanto, importante buscar preocupaciones isomórficas entre diferentes culturas. Los diferentes nombres, conceptos y *Weltanschauungen* pueden transmitir preocupaciones o aspiraciones similares o mutuamente inteligibles.

La tercera premisa es que todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana. Tal incompletud deriva precisamente del hecho de que existe una pluralidad de culturas. Si

52 Para una reciente revisión del debate sobre el universalismo contra el relativismo, véase Rajagopal, 2004: 209-216. Véase también Mutua, 1996.

cada cultura fuera tan completa como afirma ser, habría apenas una única cultura. La idea de completud es la fuente de un exceso de sentido que parece infectar todas las culturas. La incompletud es de esta manera más visible desde fuera, desde la perspectiva de otra cultura. Elevar el nivel de conciencia de la incompletud cultural a su máximo posible, es una de las tareas más cruciales en la construcción de una concepción emancipatoria multicultural de los derechos humanos.⁵³

La cuarta premisa es que ninguna cultura importante es monolítica. Las culturas tienen diferentes versiones de dignidad humana, algunas más extensas que otras, algunas con un círculo más amplio de reciprocidad que otras, algunas más abiertas a otras culturas que otras. Por ejemplo, la modernidad occidental se ha desdoblado en dos concepciones y prácticas sumamente divergentes de derechos humanos —la liberal y la marxista— una prioriza los derechos civiles y políticos, y la otra los derechos sociales y económicos.⁵⁴

Por último, la quinta premisa es que todas las culturas tienden a distribuir a las personas y grupos sociales entre dos principios competitivos de pertenencia jerárquica. Uno funciona mediante jerarquías entre unidades homogéneas. El otro funciona a través de la separación entre diferencias e identidades únicas. Los dos principios no necesariamente se juxtaponen y por eso no todas las igualdades son idénticas y no todas las diferencias son desiguales.

Estas son las premisas de un diálogo transcultural sobre la dignidad humana que pueden eventualmente conducir a una concepción *mestiza* de los derechos humanos, una concepción que, en lugar de recurrir a falsos universalismos, se organice a sí misma como una constelación de significados locales y mutuamente inteligibles, redes de referencias normativas que confieran poder. Pero este es únicamente un punto de partida. En el caso de un diálogo transcultural, el intercambio no es solo entre diferentes saberes, sino también entre diferentes culturas, es decir, entre diferentes, y en un sentido enérgico, inconmensurables universos de significado. Estos

53 Véase por ejemplo, Mutua, 2001 y Obiora, 1997.

54 Véase por ejemplo, Pollis y Schwab, 1979; Pollis, 1982; Shivji, 1989; An-Na'im, ed., 1992, y Mutua, 1996.

universos de significado consisten en constelaciones de *topoi* fuertes. Los *topoi* son lugares comunes retóricos ampliamente extendidos de una determinada cultura, autoevidentes y, que por lo tanto, no son objeto de debate. Funcionan como premisas para la argumentación, posibilitando de esta manera la producción e intercambio de argumentos. Los *topoi* fuertes se vuelven sumamente vulnerables y problemáticos cuando se les “utiliza” en una cultura diferente. Lo mejor que les puede ocurrir es que sean “degradados” de premisas de la argumentación a argumentos. Comprender una determinada cultura desde los *topoi* de otra cultura puede resultar muy difícil, si no imposible. Por tanto, propondré una *hermenéutica diatópica*. En el campo de los derechos humanos y de la dignidad, la movilización de apoyo social a las reivindicaciones emancipatorias que estas potencialmente contienen solo se pueden lograr si tales reivindicaciones se han apropiado en el contexto cultural local. La apropiación, en este sentido, no se puede obtener por medio de la canibalización cultural. Requiere un diálogo intercultural y una *hermenéutica diatópica*.

La *hermenéutica diatópica* se basa en la idea de que los *topoi* de una cultura individual, no importa lo fuertes que sean, son tan incompletos como la cultura por sí misma. Semejante incompletud no es visible desde dentro de la propia cultura, puesto que la aspiración a la totalidad induce a tomar la parte por el todo. El objetivo de la *hermenéutica diatópica* no es, por tanto, alcanzar la completud — puesto que este es un objetivo inalcanzable — sino, por el contrario, elevar la conciencia de la recíproca incompletud a su máximo posible entablado un diálogo, por así decirlo, con un pie en cada cultura. Aquí reside su carácter *dia-tópico*.⁵⁵

Una *hermenéutica diatópica* puede llevarse a cabo entre el *topos* de los derechos humanos en la cultura occidental, el *topos* del *dharma* en la cultura hindú, y el *topos* de la *umma* en la cultura islámica. Sobre el *dharma* escribe Panikkar:

[...] Es lo que mantiene, proporciona cohesión y por lo tanto da fuerza a todas las cosas, a la realidad, y en última instancia a los tres mundos (*tri-loka*). La justicia mantiene unidas las relaciones humanas; la moralidad lo

55 Véase también Panikkar, 1984: 28.

mantiene a uno en armonía consigo mismo; el derecho es el principio vinculante de las relaciones humanas; la religión es lo que mantiene la existencia del universo; el destino es aquello que nos vincula con el futuro; la verdad es la cohesión interna de una cosa [...]. Ahora bien, un mundo en el que la noción de Dharma es central y casi omnipresente no se preocupa por hallar el “derecho” de un individuo frente a otro o del individuo frente a la sociedad sino más bien de evaluar el carácter dhármico (correcto, verdadero, consistente) o no-dhármico de una cosa o de una acción dentro del complejo teoantropocósmico total de la realidad (1984: 39).⁵⁶

Analizados desde el *topos* del *dharmā*, los derechos humanos son incompletos porque no logran establecer un vínculo entre la parte (el individuo) y el todo (la realidad), o, aun más radicalmente, porque se centran en lo que es meramente derivado, en los derechos, en lugar de centrarse en el imperativo primordial, el deber de las personas de encontrar su lugar en el orden de toda la sociedad y de todo el cosmos. Desde el punto de vista del *dharmā* y, en efecto, también de la *umma*, la concepción occidental de los derechos humanos está plagada de una simetría muy simplista y mecánica entre derechos y deberes. Concede derechos solo a aquellos a quienes exige deberes. Esto explica por qué, según el concepto occidental de derechos humanos, la naturaleza no tiene derechos: no se le pueden imponer deberes. Por la misma razón, es imposible conceder derechos a las generaciones futuras; no tienen derechos porque no tienen deberes.

Por otra parte, desde la perspectiva del *topos* de los derechos humanos, el *dharmā* también es incompleto debido a su fuerte tendencia no dialéctica a favor de la armonía, ocultando por tanto injusticias y desatendiendo totalmente el valor del conflicto como un vía hacia una armonía más rica. Además, el *dharmā* se despreocupa de los principios del orden democrático, de la libertad y la autonomía, e ignora el hecho de que, sin derechos primigenios, el individuo es una entidad demasiado frágil como para evitar ser oprimido por aquello que lo trasciende. Finalmente, el *dharmā* tiende a olvidar que el sufrimiento humano tiene una dimensión individual irreducible: las sociedades no sufren pero los individuos sí.

56 Véase también Inada, 1990; Mitra, 1982, y Thapar, 1966.

A otro nivel conceptual se puede ensayar la misma *hermenéutica diatópica* entre el *topos* de los derechos humanos y el *topos* de la *umma* en la cultura islámica. Los pasajes del Corán en los que aparece la palabra *umma* son tan variados que su significado no se puede definir rígidamente. Sin embargo, esto sí que parece ser cierto: siempre se refiere a grupos étnicos, lingüísticos o religiosos de personas que son objeto del plan divino de salvación. A medida que la actividad profética de Mahoma fue progresando, los fundamentos religiosos de la *umma* se hicieron cada vez más explícitos y, en consecuencia, la *umma* de los árabes se transformó en la *umma* de los musulmanes. Vistos desde el *topos* de la *umma*, la incompletud de los derechos humanos individuales reside en el hecho de que solamente sobre esta base es imposible sustentar las solidaridades y los enlaces colectivos sin los cuales ninguna sociedad puede sobrevivir y mucho menos florecer. Aquí radica la dificultad de la concepción occidental de los derechos humanos para aceptar los derechos colectivos de los grupos sociales o pueblos, ya sean minorías étnicas, mujeres o pueblos indígenas. Este es de hecho un ejemplo específico de una dificultad mucho más amplia, la dificultad de definir la comunidad como un área de solidaridad concreta y como una obligación política horizontal. Esta idea de comunidad, central para Rousseau, desapareció rápidamente en la dicotomía liberal que separó totalmente el Estado y la sociedad civil.

En cambio, desde el *topos* de los derechos humanos individuales, la *umma* enfatiza de forma exagerada los deberes en detrimento de los derechos y, por esta razón, está proclive a consentir desigualdades por lo demás injustas, como la desigualdad entre los hombres y las mujeres y entre los musulmanes y los no musulmanes. Como reveló la *hermenéutica diatópica*, la debilidad fundamental de la cultura occidental consiste en establecer una dicotomía de una forma demasiado estricta entre el individuo y la sociedad, tornándose de esta manera vulnerable al individualismo posesivo, al narcisismo, a la alienación y a la anomia. Por otra parte, la debilidad fundamental de las culturas hindú e islámica consiste en que ninguna logra reconocer que el sufrimiento humano tiene una dimensión individual irreducible que solo se puede considerar adecuadamente en una sociedad que no esté organizada jerárquicamente.

El reconocimiento de las recíprocas incompletudes y debilidades es una condición *sine qua non* de cualquier diálogo transcultural. La *hermenéutica*

diatópica se construye tanto sobre la identificación local de la incompletud y debilidad como sobre su inteligibilidad translocal. Como se ha mencionado arriba, en el campo de los derechos humanos y la dignidad, la movilización del apoyo social para las reivindicaciones emancipatorias que estos potencialmente contienen solo se puede alcanzar si dichas reivindicaciones se han enraizado en el contexto cultural local y si un diálogo transcultural y la *hermenéutica diatópica* son posibles. En tiempos recientes se han probado ejercicios muy particulares en *hermenéutica diatópica* entre las culturas islámica y occidental en el terreno de los derechos humanos. Algunos de los ejemplos más significativos los proponen Abdullahi Ahmed An-Na'im (1990 y 1992), Tariq Ramadan (2000 y 2003) y Ebrahim Moosa (2004).

Existe un viejo debate acerca de las relaciones entre islamismo y derechos humanos y la posibilidad de que haya una concepción islámica de los derechos humanos.⁵⁷ Este debate implica una amplia gama de posiciones y su impacto se extiende mucho más allá del mundo islámico. Corriendo el riesgo de establecer una simplificación excesiva, en este debate se pueden identificar dos posiciones extremas. Una, absolutista o fundamentalista, se mantiene por aquellos para quienes el sistema jurídico religioso del Islam, la *Shari'a*, debe aplicarse integralmente como el derecho del Estado islámico. Según esta postura, existen inconsistencias irreconciliables entre la *Shari'a* y la concepción occidental de los derechos humanos, y la *Shari'a* debe prevalecer. Por ejemplo, respecto al estatus de los no musulmanes, la *Shari'a* impone la creación de un Estado para musulmanes en el que estos sean los únicos ciudadanos, y los no musulmanes no tengan ningún derecho político; la paz entre los musulmanes y los no musulmanes siempre es problemática y los enfrentamientos puede que sean inevitables. Con respecto a las mujeres, no existe duda sobre la desigualdad; la *Shari'a* ordena la segregación de las mujeres y de acuerdo con algunas interpretaciones más estrictas, las excluye completamente de la vida pública.

57 Aparte de An-Na'im (1990 y 1992), véase, Dwyer, 1991; Mayer, 1991; Leites, 1991 y Afkhami, ed., 1995. Véase también Hassan, 1982 y Al Faruqi, 1983. Sobre el más extenso tema de la relación entre la modernidad y el resurgimiento del Islam, véase, por ejemplo, Sharabi, 1992; Shariati, 1986; Ramadan, 2000 y Moosa, 2004.

En el otro extremo están los secularistas o modernistas que opinan que los musulmanes deberían organizarse en Estados seculares. El Islam es un movimiento religioso y espiritual, no político, y como tal, las sociedades musulmanas modernas tienen libertad para organizar su gobierno de cualquier manera que estimen digna y apropiada a sus circunstancias. La aceptación de los derechos humanos internacionales es un asunto de decisión política que no debe mezclarse con consideraciones religiosas. Solamente un ejemplo entre muchos: una ley de Túnez de 1956 prohibía completamente la poligamia basándose en que ya no era aceptable y en que el principio coránico de justicia para todas las coesposas era en la práctica imposible de realizar, con la excepción del Profeta.

An-Na'im critica ambas posiciones extremas. La vía *per mezzo* que propone trata de fundamentar los derechos humanos transculturalmente, identifica las áreas de conflicto entre la *Shari'a* y los "estándares de derechos humanos" y busca una reconciliación y relación positiva entre los dos sistemas. Por ejemplo, el problema con la *Shari'a* histórica es que excluye a las mujeres y a los no musulmanes de aplicar este principio. Así que es necesaria una reforma o reconstrucción de la *Shari'a*. El método propuesto para semejante "Reforma islámica" se basa en un enfoque evolucionista de los orígenes islámicos, que examina el contexto histórico concreto dentro del que se creó la *Shari'a* a partir de las primeras fuentes del islam por los juristas fundadores de los siglos VIII y IX. A la luz de tal contexto, una construcción restringida del otro estaba probablemente justificada. Pero esto ya no es así. Al contrario, en un contexto diferente del presente, existe dentro del islam una plena justificación desde un punto de vista más ilustrado.

Siguiendo las enseñanzas del *Ustadh* Mahmoud, An-Na'im muestra que una revisión detallada del contenido del Corán y de los Sunna revela dos niveles o etapas en el mensaje del Islam, uno correspondiente al primer período de La Meca y el otro a la subsiguiente etapa de Medina. El primer mensaje de la Meca es el mensaje eterno y fundamental del Islam y enfatiza la dignidad inherente de los seres humanos, independientemente de su sexo, religión o raza. Bajo las circunstancias históricas del siglo VII (la época de Medina) en el que el mensaje tuvo lugar, se consideró demasiado avanzado, se suspendió y se aplazó su implementación hasta

que en el futuro se produjeran las circunstancias adecuadas. Según An-Na'im, ha llegado el momento y el contexto oportuno para ello.

No puedo evaluar la validez específica de esta propuesta dentro de la cultura islámica. Esto es precisamente lo que distingue la hermenéutica diatópica del orientalismo. Lo que deseo enfatizar del enfoque de An-Na'im es el intento de transformar la concepción occidental de los derechos humanos en una transcultural que reivindica la legitimidad islámica en lugar de renunciar a ella. En abstracto y desde fuera, es difícil juzgar si un enfoque religioso o secularista es más proclive a dar resultado en un contexto de un diálogo transcultural islámico sobre derechos humanos. Sin embargo, teniendo en cuenta que los derechos humanos occidentales son la expresión de un profundo, aunque incompleto, proceso de secularización que no tiene comparación con nada semejante dentro de la cultura islámica, uno estaría inclinado a pensar que en el contexto musulmán, la energía movilizadora necesaria para un proyecto cosmopolita de derechos humanos será más fácilmente creada en un marco de una religiosidad ilustrada. Si esto es así, la propuesta de An-Na'im es muy prometedora.

Pero no se encuentra solo y, en realidad, los académicos y activistas islámicos han estado en los años recientes contribuyendo a la traducción intercultural y a las hermenéuticas diatópicas en formas nuevas e importantes. Esto es lo más significativo en el caso de Tariq Ramadan. Al dirigirse a los musulmanes que viven en Occidente y al tener en cuenta sus condiciones socioeconómicas (la mayoría de ellos son inmigrantes), les anima a unir fuerzas con todos los otros grupos sociales oprimidos, independientemente de su contexto cultural o religioso, con la siguiente lógica:

El que ya ha trabajado en el terreno con las comunidades de base, desarrollando a nivel local estrategias sociales y económicas, sólo se puede sorprender por sus similitudes con la experiencia de las fuerzas musulmanas. Los puntos de referencia son ciertamente distintos así como lo son sus fundamentos y aplicación, pero el espíritu es uno y el mismo en el sentido de que se alimenta de la misma fuente de resistencia al interés ciego de las grandes superpotencias y multinacionales. Ya se ha comentado: no es una cuestión de afirmar la realidad de un tercer mundismo islámico beatífico, el cual haría eco del que hemos conocido durante mucho tiempo

en nuestra parte del mundo. Lo cierto es que, como consecuencia de ser el Islam el punto de referencia para muchos musulmanes practicantes, se recurre a él por sus ideas como la dignidad, la justicia y el pluralismo así como por ideas que configuran la movilización de la comunidad cristiana o humanística. Así que en este sentido, las relaciones se deberían multiplicar y los intercambios de experiencias se deberían hacer permanentes (2003: 14).

Para Tariq Ramadan, el impulso para la traducción intercultural radica en la necesidad primordial de construir amplias coaliciones para la lucha contra la globalización neoliberal: “es necesario ser tanto un amigo como un compañero de aquellos que, en Occidente, denuncian la opresión global y nos invitan a aportar a un cambio” (2003: 10).

En la India, se está llevando a cabo una modalidad similar de combinar la integridad cultural con las luchas más amplias hacia la justicia social por parte de algunos grupos de derechos humanos y, especialmente, por los reformistas sociales “intocables”. Consiste en introducir la lucha de los intocables hacia la justicia y la igualdad según las nociones hindúes de *karma* y *dharma*, revisándolas y reinterpretándolas o incluso subvirtiéndolas de forma selectiva de tal manera que se conviertan en fuentes de legitimidad y fortaleza para las luchas y protestas. Un ejemplo de semejantes revisiones es el creciente énfasis dado a “el *dharma común*” (*sadharana dharma*) en contraste con el “*dharma especial*” (*visesa dharma*) de los gobiernos de las castas, rituales y deberes. Según Khare, el “*dharma común*”.

[...] basado en la igualdad espiritual de todas las criaturas, promueve tradicionalmente un sentido compartido de cuidado mutuo, de rehusar la violencia e injuria y de una búsqueda de la equidad. Tradicionalmente promueve actividades para el bienestar público y atrae a los reformistas progresistas. Los defensores de derechos humanos pueden hallar aquí una convergencia con un impulso específicamente indio. La ética del *dharma común* también es perfectamente adecuada para los reformistas sociales intocables (1998: 204).

El “impulso indio” del *dharma común* proporciona a los derechos humanos una integración cultural y una legitimidad local mediante la cual dejan de ser un localismo globalizado. La revisión de la tradición hindú no solamente crea una oportunidad para la reivindicación de derechos humanos, pues también invita a una revisión de la tradición de los derechos humanos de incluir demandas formuladas de acuerdo con otras premisas culturales. Al involucrarse en revisiones recíprocas, ambas tradiciones actúan como culturas huéspedes y como culturas anfitrionas. Estos son los caminos necesarios para los exigentes ejercicios de traducción intercultural (*hermenéutica diatópica*). El resultado es una reivindicación culturalmente híbrida a favor de la dignidad humana, una concepción *mestiza* de los derechos humanos. Aquí yace la alternativa a una teoría general que intenta abarcar el todo, la versión característica del universalismo que concibe como una particularidad todo aquello que no cabe en sus estrechos confines.

La hermenéutica diatópica no es tarea para una sola persona que escribe desde el interior de una única cultura. No es, por tanto, sorprendente que, por ejemplo, el enfoque de An-na'im, aún siendo una auténtica muestra de hermenéutica diatópica, se haya llevado a cabo con desigual consistencia. Desde mi punto de vista, An-na'im acepta el concepto de derechos humanos universales con demasiada facilidad y sin ninguna crítica.⁵⁸ Aunque adopta una perspectiva evolucionista y está muy atento al contexto histórico de la tradición islámica, se vuelve sorprendentemente ahistórico e ingenuamente universalista cuando se trata de la Declaración Universal de Derechos. La hermenéutica diatópica no solamente exige una modalidad diferente de conocimiento; sino también un proceso diferente de creación de conocimiento. Requiere que la producción del conocimiento sea colectiva, interactiva, intersubjetiva y en red.⁵⁹ Se debe perseguir con una conciencia plena de que se producirán agujeros negros, zonas de ininteligibilidad mutua irredimible, que para no derivar en parálisis o faccionalismo, deben relativizarse mediante intereses comunes

58 No se puede decir lo mismo de Tariq Ramadan.

59 En Moosa (2004) se presenta una formulación más sofisticada de las relaciones entre los derechos humanos universales y el islam.

inclusivos en la lucha contra la injusticia social. Esto mismo lo enfatiza Tariq Ramadan:

Occidente no es ni monolítico ni diabólico y las fenomenales ventajas en términos de sus derechos, conocimiento, cultura y civilización son demasiado importantes como para minimizarlas o rechazarlas. [Sin embargo] ser un ciudadano occidental proveniente de un contexto musulmán y a la vez conservar estas verdades es arriesgarse, casi sistemáticamente, a ser considerado una persona que no se ha “integrado” favorablemente. Por tanto, queda la sospecha de la verdadera lealtad de esa persona. Todo procede como si nuestra “integración” tuviera que comprarse con nuestro silencio. Uno debe rechazar este tipo de chantaje intelectual (2003: 10-11).

La hermenéutica diatópica llevada a cabo desde la perspectiva de la cultura islámica debe complementarse por una hermenéutica diatópica conducida desde la perspectiva de otras culturas, particularmente desde la occidental. Esta es probablemente la única forma de introducir en la cultura occidental las ideas de los derechos colectivos, de los derechos de la naturaleza y los de las generaciones futuras, así como las de los deberes y responsabilidades frente a entidades colectivas, sean la comunidad, el mundo o incluso el cosmos.

III. El imperialismo cultural y la posibilidad de la contrahegemonía

Teniendo en cuenta la íntima conexión a lo largo de la historia entre los derechos humanos occidentales y el colonialismo, someterlos a una hermenéutica diatópica es sin duda la tarea de traducción más costosa. Aprender del Sur solamente es un punto de partida y puede incluso ser un punto de partida falso si no se ha tenido presente que el Norte ha estado tratando desde el primer momento de *desaprender* activamente del Sur. Como ha señalado Said con frecuencia, el contexto imperial deshumaniza tanto a la víctima como al victimizador y produce tanto en la cultura dominante como en la dominada “no solo concordancia y lealtad sino una concepción inusualmente enrarecida en relación con las fuentes de las

que realmente mana la cultura y desde la que se derivan, en complicadas circunstancias, sus monumentos” (1993: 37).⁶⁰ Los monumentos tienen, en efecto, orígenes turbios. Al observar las pirámides, Ali Shariati comentó una vez:

¡Sentí mucho odio hacia los grandes monumentos de la civilización que se han glorificado a lo largo de la historia por encima de los huesos de mis antepasados! Mis antepasados también construyeron la Gran Muralla de China. Aquellos que no pudieron soportar las cargas fueron aplastados bajo las piedras pesadas y enterrados con ellas en las murallas. Así fue como se construyeron los grandes monumentos de la civilización a costa de la carne y sangre de mis antepasados (1982: 19).

En mi opinión, lo mismo se podría decir de los derechos humanos como uno de los más grandes monumentos de la civilización occidental. Las formulaciones asépticas, claras y ahistóricas a las que se han prestado ocultan sus turbios orígenes, extendiéndose desde los genocidios de la expansión europea hasta el Termidor y el Holocausto. Pero este enrarecimiento de culturas también sucede en las culturas subordinadas, tal como ha mostrado Said:

A los jóvenes árabes y musulmanes de hoy en día se les enseña a venerar a los clásicos de su religión y pensamiento, a no ser críticos, a no ver lo que leen, lo que dicen Abbasid o la literatura *nabha* como diluida con todo tipo de lucha política. Sólo muy de vez en cuando un crítico y un poeta como Adonis, el brillante escritor sirio contemporáneo, se presenta y manifiesta públicamente que las lecturas de *turath* en el mundo árabe de hoy imponen un autoritarismo rígido y un literalismo que producen el efecto de matar el espíritu y de obliterar las críticas (1993: 38).

Como resultó evidente en el análisis de la hermenéutica diatópica arriba mencionado, reconocer el empobrecimiento recíproco tanto de la víctima y

60 Gilroy hace una crítica de “las concepciones sobreintegradas de las culturas puras y homogéneas, lo que significa que las luchas políticas de los negros se interpreten de algún modo como algo automáticamente *expresivo* de las diferencias nacionales o étnicas con las que se asocian” (1993: 31).

del opresor del mismo modo, aunque resulte asimétrico, es la condición más básica para un diálogo transcultural. Solo el conocimiento de la historia nos permite actuar independientemente de la historia. El escrutinio de las relaciones entre la víctima y el opresor nos advierte contra las distinciones demasiado estrictas entre culturas, una precaución que es especialmente relevante en el caso de la cultura dominante. Según Pieterse, la cultura occidental no es ni lo que parece ni lo que los occidentales tienden a pensar que es: “Lo que se considera por cultura o civilización europea no es genealógicamente hablando ni necesaria ni estrictamente europeo” (1989: 369). Es una síntesis cultural de muchos elementos y prácticas, muchos de ellos no europeos. Bernal ha asumido una desconstrucción de los conceptos de “civilización clásica” para mostrar sus fundamentos no europeos, las contribuciones de Egipto y África, las civilizaciones semítica y fenicia, Mesopotamia y Persia, India y China, respecto a la lengua, el arte, los conocimientos, la religión y la cultura material. También muestra cómo esas raíces afroasiáticas de la Antigua Grecia fueron negadas por el racismo y antisemitismo europeo del siglo XIX (Bernal, 1987).

Conforme a esta pregunta, los orígenes turbios de los derechos humanos, como un monumento de la cultura occidental, no pueden observarse solo en la dominación imperial y doméstica que una vez justificaron, sino también en su carácter originalmente compuesto en cuanto artefactos culturales. Los presupuestos de los derechos humanos, que se indicaron arriba en sus formulaciones claras, ilustradas y racionales, hacen eco de otras culturas y sus raíces históricas se extienden mucho más allá de Europa. Un diálogo intercultural debe comenzar por la hipótesis de que las culturas siempre han sido interculturales, pero también con el entendimiento de que los intercambios e interpenetraciones siempre han sido muy desiguales e inherentemente hostiles al diálogo cosmopolita que aquí se defiende. Al final, la cuestión es si es posible construir una concepción posimperial de los derechos humanos. Aunque sea absolutamente consciente de las barreras casi insuperables, ofrezco una respuesta positiva a esta cuestión. En otras palabras, a pesar de que el vocabulario o el guión de los derechos humanos estén tan llenos de significados hegemónicos hay todavía lugar para la posibilidad de significados contrahegemónicos.

A continuación trato de concretar las circunstancias bajo las cuales la posibilidad de una contrahegemonía se puede llevar a cabo. Comienzo por abordar las condiciones para la concepción multicultural de derechos humanos mostrada arriba y después presentaré un esquema de una concepción de derechos humanos contrahegemónica y emancipatoria.

3.1. Las dificultades de una reconstrucción intercultural de derechos humanos

La hermenéutica diatópica ofrece un amplio campo de posibilidades para los debates en curso en las diferentes regiones culturales del sistema mundo, acerca de temas generales como el universalismo, el relativismo, los marcos culturales de transformación social, el tradicionalismo y la renovación cultural.⁶¹ Sin embargo, una concepción idealista del diálogo intercultural fácilmente olvidará que tal diálogo es posible solo porque se da la simultaneidad temporal de dos o más contemporaneidades distintas. Los participantes del diálogo son desigualmente contemporáneos; en realidad cada uno de ellos se siente apenas contemporáneo con respecto a la tradición histórica de su propia cultura. Este es el caso más probable cuando las diferentes culturas involucradas en el diálogo comparten un pasado de intercambios entrelazados y desiguales. ¿Cuáles son las posibilidades para un diálogo entre dos culturas cuando una de las culturas *presentes* ha sido ella misma atravesada por violaciones prolongadas y masivas de derechos humanos, perpetradas en nombre de la otra? Cuando las culturas comparten un pasado así, el presente que comparten en el momento de iniciar el diálogo es, en el mejor de los casos, un *quid pro quo* y, en el peor, un fraude. El dilema cultural es el siguiente: como en el pasado la cultura dominante logró que algunas de las aspiraciones a la dignidad humana de la cultura subordinada se volvieran impronunciabiles,

61 Sobre el debate africano, véase Hountondji, 1983, 1994 y 2002; Oladipo, 1989; Oruka, 1990; Wiredu, 1990; Wamba dia Wamba, 1991a y 1991b; Procee, 1992; Ramose, 1992; Horton *et al.* 1990; Horton, 1993; Coetzee y Roux, 2003. Un resumen del valioso debate en la India se encuentra en Nandy, 1987a, 1987b y 1988; Chatterjee, 1984; Pantham, 1988; Bhargava, ed., 1998; Bhargava, Bagchi y Sudarshan, 1999. Una visión global de las diferencias culturales puede encontrarse en Galtung, 1981.

¿es posible pronunciarlas ahora en el diálogo intercultural sin con ello justificar más e incluso reforzar su impronunciabilidad?

El imperialismo cultural y el *epistemicidio* son parte de la trayectoria histórica de la modernidad occidental. Tras siglos de cambios culturales desiguales, ¿es justo que se trate como iguales a las culturas? ¿Es necesario hacer que algunas de las aspiraciones de la cultura occidental se hagan impronunciables, para dar paso a la pronunciabilidad de otras aspiraciones de otras culturas? Paradójicamente —y al contrario del discurso hegemónico— es precisamente en el terreno de los derechos humanos donde la cultura occidental debe aprender con el Sur,⁶² si la falsa universalidad atribuida a los derechos humanos en el contexto imperial se ha de transformar en la nueva universalidad cosmopolita dentro del diálogo intercultural. El carácter emancipatorio de la hermenéutica diatópica no está garantizado a priori; y de hecho, el multiculturalismo puede convertirse en el nuevo rótulo de una política reaccionaria. Baste mencionar el multiculturalismo del jefe de gobierno de Malasia o de la gerontocracia china, cuando se refieren a la “concepción asiática de los derechos humanos” (Rajagopal, 2004: 212-216).

Una de las suposiciones más problemáticas de la hermenéutica diatópica es la concepción de culturas como entidades incompletas. Puede defenderse que, al contrario, solo las culturas completas pueden acceder a un diálogo intercultural sin arriesgarse a ser aplastadas por, y en última instancia disueltas en, otras culturas más poderosas. Una variación de este argumento mantiene que solo una cultura poderosa e históricamente victoriosa, como la cultura occidental, puede otorgarse el privilegio de proclamar su propia incompletud sin arriesgar la disolución. En efecto, la incompletud cultural puede en este caso ser el instrumento perfecto de la hegemonía cultural. Hoy en día no se permite semejante privilegio a ninguna de las culturas no occidentales.

Esta línea de argumentación es especialmente convincente cuando se aplica a aquellas culturas no occidentales que en el pasado soportaron los “encuentros” más destructivos con la cultura occidental. En efecto, fueron

62 En otro lugar, trato en detalle la idea de “aprender con el Sur” (Santos, 1995: 475-519). Véase también Santos, 2005b y 2006c.

tan destructivos que en muchos casos condujeron a la más completa extinción cultural. Este es el caso de los pueblos indígenas y las culturas en las Américas, en Australia, Nueva Zelanda, India, etc. Estas culturas han sido *hechas incompletas* de una forma tan agresiva por parte de la cultura occidental que reclamar la incompletud como una precondition para una hermenéutica diatópica es, cuanto menos, un ejercicio absurdo.⁶³ El problema con esta línea de argumentación es que lleva, lógicamente, a dos resultados alternativos, resultando los dos bastante inquietantes: la clausura cultural o la conquista como la única alternativa realista a los diálogos interculturales. En un período intensificado de prácticas transnacionales sociales y culturales, la clausura cultural es, como mucho, una aspiración piadosa que oculta e implícitamente condona procesos caóticos e incontrolables de destrucción, contaminación e hibridización. Tales procesos radican en relaciones desiguales de poder y en intercambios culturales desiguales, tanto que la clausura cultural se convierte en el otro lado de la conquista cultural. Entonces, la pregunta es si la conquista cultural puede remplazarse por diálogos interculturales basados en condiciones mutuamente acordadas y de ser así, en qué condiciones.

El dilema de la completud cultural, como lo denomino, se puede formular de la siguiente manera: si una determinada cultura se considera así misma completa, no encuentra ningún interés en considerar diálogos interculturales; si, por el contrario, entabla semejante diálogo por razón de su propia incompletud, se vuelve en vulnerable y, en última instancia, se ofrece a la conquista cultural. No hay una salida fácil de este dilema. Teniendo en cuenta que la clausura cultural es autodestructiva, no veo ninguna salida salvo la de elevar los estándares para el diálogo intercultural a un umbral lo suficientemente alto como para minimizar la posibilidad de la conquista cultural, aunque no tan alto como para descartar completamente la posibilidad de diálogos (en cuyo caso se transformarán en clausura cultural y, por lo tanto, en la conquista cultural).

63 Este texto se concentra en la hermenéutica diatópica entre la cultura occidental y las “grandes culturas orientales” (hinduismo e islamismo). Soy consciente de que una hermenéutica diatópica que involucre a culturas de indígenas plantea otros asuntos analíticos y exige concretas condiciones. Centrándome en los indígenas de América Latina, abordé este tema en Santos, 1997a, y en Santos y García Villegas, eds., 2001.

3.2. Las condiciones para una reconstrucción intercultural de derechos humanos

Las condiciones para un multiculturalismo progresista varían ampliamente a través del tiempo y del espacio y, ante todo, según las específicas culturas implicadas y las relaciones de poder entre ellas. No obstante, me atrevo a señalar que las siguientes orientaciones contextuales de procedimiento e imperativos transculturales se deben aceptar por todos los grupos sociales interesados en diálogos interculturales.

Desde la completud a la incompletud. Como he mencionado arriba, la completud cultural es el punto de partida, no el punto de llegada. En efecto, la completud cultural es la condición predominante previa al comienzo de un diálogo intercultural. El verdadero punto de partida de este diálogo es un momento de desencanto con la cultura propia, un sentimiento difuso de que la cultura propia no proporciona respuestas satisfactorias a algunas de las preguntas, perplejidades o expectativas que uno tiene. Esta sensibilidad difusa está vinculada a un conocimiento impreciso de, y a una curiosidad inarticulada sobre otras culturas posibles y sus respuestas. El momento de desencanto implica un entendimiento previo de la existencia y posible relevancia de otras culturas y se traduce en una conciencia no reflexiva de la falta de completud cultural. El impulso individual o colectivo para el diálogo intercultural y, de esta manera, para la hermenéutica diatópica comienza desde aquí.

Lejos de convertir la incompletud cultural en una completud cultural, la hermenéutica diatópica profundiza, al progresar, en la incompletud cultural y transforma la imprecisa y en gran parte no meditada conciencia de ello en una conciencia autorreflexiva. El objetivo de la hermenéutica diatópica es, por tanto, crear una conciencia autorreflexiva de la incompletud cultural. En este caso, la autorreflexividad significa el reconocimiento de la incompletud cultural de la cultura propia tal como se percibe en el espejo de incompletud cultural de la otra cultura en diálogo. Es este mismísimo espíritu que Makau Mutua, tras defender que “los esfuerzos implacables para universalizar un corpus esencialmente europeo de derechos humanos a través de cruzadas occidentales no pueden tener éxito”:

Las críticas a ese corpus por parte de los africanos, asiáticos, musulmanes, hindúes y una multitud de pensadores críticos de todo el mundo son la única vía a través de la cual los derechos humanos se pueden redimir y verdaderamente universalizar. Esta multiculturalización del corpus podría intentarse en varias áreas: equilibrando los derechos individuales y colectivos, otorgando más sustancialidad a los derechos sociales y económicos, relacionando a los derechos con los deberes y abordando la relación entre el corpus y los sistemas económicos (200: 243).

De versiones culturales estrechas a versiones amplias. Como menciono arriba, lejos de ser entidades monolíticas, las culturas comprenden una rica variedad interna. La conciencia de dicha variedad aumenta a medida que la hermenéutica diatópica progresa. De las diferentes versiones de una determinada cultura, uno debe escoger la que representa el más amplio círculo de reciprocidad dentro de ella, la versión que va más allá en el reconocimiento del otro. Como se ha visto, entre dos interpretaciones distintas del Corán, An-na'im escoge aquella con el más amplio círculo de reciprocidad, aquella que involucra tanto a musulmanes como a no musulmanes, tanto a hombres como a mujeres. Desde una perspectiva diferente, Tariq Ramadan asume una concepción contextual de las diferencias culturales y religiosas con el objetivo de posicionarlas al servicio de coaliciones transculturales en la lucha contra el capitalismo global. En el mismo sentido y por razones similares, los reformistas sociales “intocables” enfatizan el *dharma común*, en detrimento del *dharma especializado*. Opino que esto también debe hacerse dentro de la cultura occidental. De las dos versiones de derechos humanos que existen en la cultura occidental —la liberal y la socialdemócrata o marxista— se debe adoptar la socialdemócrata o la marxista, porque extiende al dominio económico y social la igualdad que el liberalismo solo considera legítimo en el dominio político.

De tiempos unilaterales a tiempos compartidos. El momento para el diálogo intercultural no se puede establecer unilateralmente. Cada cultura y, por lo tanto, la comunidad o comunidades que la sostienen deben decidir si y cuándo están preparadas para el diálogo intercultural. Debido a

la falacia de la completud, cuando una determinada cultura comienza a sentir la necesidad del diálogo intercultural tiende a pensar que las otras culturas sienten esta misma necesidad y están igualmente ansiosas de entablar un diálogo. Este es probablemente el caso más característico de la cultura occidental, que durante siglos no sintió la necesidad de mantener diálogos interculturales mutuamente aceptados. Hoy en día, como la conciencia no meditada de la incompletud se ubica en Occidente, la cultura occidental tiende a especular que todas las otras culturas deberían realmente reconocer su propia incompletud y estar preparadas y deseosas de entablar diálogos interculturales con ella.

Si el momento de entablar un diálogo intercultural debe consensuarse entre las culturas y grupos sociales involucrados, el momento de finalizarlo provisional o permanentemente debe dejarse a la decisión unilateral de cada grupo social y cultural implicado. No debe haber nada irreversible en la hermenéutica diatópica. Una determinada cultura puede necesitar una pausa antes de comenzar una nueva etapa en el diálogo, o sentir que el diálogo le ha traído más perjuicio que beneficio, y por consiguiente, que debería finalizarse indefinidamente. La reversibilidad del diálogo es de hecho crucial para evitar que se pervierta hacia una clausura cultural recíproca no meditada o hacia una conquista cultural unilateral. La posibilidad de la reversión es lo que hace que el diálogo intercultural sea un proceso político abierto y explícito. El significado político de una decisión unilateral de acabar con el diálogo intercultural es diferente cuando la decisión se toma por una cultura dominante que cuando se toma por una cultura dominada. Mientras el segundo caso puede ser un acto en defensa propia, el primero probablemente será un acto de chovinismo agresivo. Depende de las fuerzas políticas progresistas dentro de una determinada cultura y a través de las culturas —lo que he denominado arriba como “cosmopolitismo insurgente”— defender la política emancipatoria de la hermenéutica diatópica de las desviaciones reaccionarias.

De socios y temas unilateralmente impuestos a socios y temas elegidos mutuamente. Probablemente ninguna cultura entablará un diálogo con otra posible cultura sobre cualquier tema. El diálogo intercultural es siempre selectivo tanto en cuestión de socios como de temas. El requisito de que

tanto los socios como los temas no se pueden imponer unilateralmente y deben más bien estar mutuamente acordados es probablemente la condición más exigente de la hermenéutica diatópica. El específico proceso histórico, cultural y político por lo que la alteridad de una determinada cultura se convierte en un tema importante para otra cultura en un momento determinado varían ampliamente. Pero, en general, el colonialismo, las luchas por la liberación, el poscolonialismo y el anticapitalismo han sido los procesos más decisivos en la emergencia de la alteridad significativa. En esta línea, Tariq Ramadan anima a los musulmanes de Occidente, “a mantener la conciencia del Sur y de los desposeídos, incluso en el corazón de las sociedades industrializadas” (2003: 10). Acerca de los temas, el acuerdo es inherentemente problemático no solo porque los temas en una determinada cultura no son fácilmente traducibles a otra cultura, sino también porque en cada cultura siempre existen temas no negociables o incluso temas no hablados, siendo los tabúes un ejemplo paradigmático. Como he comentado arriba, la hermenéutica diatópica ha de centrarse en preocupaciones isomórficas en lugar de en los “mismos” temas, en perplejidades comunes y en incomodidades de las que emerge el sentido de la incompletud.

Desde la igualdad o diferencia a la igualdad y diferencia. Probablemente todas las culturas tienden a distribuir a las personas y grupos según dos principios de pertenencia jerárquica que compiten entre sí —intercambios desiguales entre iguales, como la explotación (por parte de los capitalistas sobre los trabajadores) y el reconocimiento desigual de la diferencia, como el racismo o sexismo— y por tanto, según concepciones rivales de igualdad y diferencia. Bajo tales circunstancias, ni el reconocimiento de la igualdad ni el reconocimiento de la diferencia serán suficientes para fundamentar una política emancipatoria multicultural. Así que el siguiente imperativo transcultural debe aceptarse por todos los socios en el diálogo si la hermenéutica diatópica logre tener éxito: tenemos el derecho de ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y el derecho de ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza.

IV. Derechos humanos interculturales posimperiales

Se necesita una nueva política de derechos, un enfoque actual de la tarea de otorgar poder a las clases populares y a las coaliciones populares en sus luchas hacia la consecución de soluciones emancipatorias más allá de la modernidad occidental y del capitalismo global. Se necesita una nueva arquitectura de derechos humanos basada en un nuevo fundamento y con una nueva justificación. Como el objetivo de este texto no es ir más allá de proponer un nuevo programa de investigación, me limitaré a algunos comentarios exploratorios y principios generales de orientación. La nueva arquitectura de derechos humanos debe ir a las raíces de la modernidad, tanto a las raíces que reconoció como propias como a las que rechazó como su exterioridad colonial. En este sentido, ir a las raíces supone ir más allá de las raíces. Esta investigación y plan de construcción es una genealogía, en el sentido de que busca la transcripción oculta de los orígenes, tanto de las inclusiones como también de las exclusiones, tanto de antepasados legítimos como bastardos; también es una geología porque se interesa por las capas de la sedimentación, las fisuras y las fallas (que causan terremotos sociales y personales); finalmente, es también una arqueología porque se interesa por conocer lo que en su día fue legítimo, adecuado y justo, y que después fue descartado como anacrónico, suprimido como pervertido u ocultado como vergonzoso. Mientras que durante siglos la modernidad se consideró universal desde un punto de vista supuestamente occidental, desde el siglo XIX en adelante se reconceptualizó como un universal, desde un punto de vista supuestamente universal. Los derechos humanos universales de Occidente se convirtieron en ese momento en derechos humanos universales. A partir de entonces se desarrolló una relación totalizante entre los victimizadores y las víctimas, que por mucho que fuera desigual en sus efectos, deshumanizó a ambos, forzándoles a compartir una cultura común de dominación en su aceptación de las versiones enrarecidas y empobrecidas de sus respectivas culturas. Las modernas ciencias sociales son la epistemología más sofisticada de tal enrarecimiento y empobrecimiento.

Bajo estas circunstancias, construir una concepción de derechos humanos posimperial intercultural es primeramente y antes de nada una tarea epistemológica. A estas alturas, se deben diseñar los derechos

fundadores, clandestinos —los denomino *ur-derechos o derechos originales*—⁶⁴ que fueron suprimidos por los colonialistas occidentales y la modernidad capitalista a fin de construir, sobre sus ruinas, la monumental catedral de los derechos humanos fundamentales. La concepción de los ur-derechos es un ejercicio de imaginación retrospectiva radical. Significa establecer y denunciar un acto abismal de negatividad en el centro de la expansión colonial, una negatividad abismal sobre la cual la modernidad occidental cimentó sus deslumbrantes edificios epistemológicos, políticos, económicos y culturales.⁶⁵ Según esta concepción, los ur-derechos no son por tanto los derechos naturales de la tradición idealista de Occidente; son derechos que existen solo en el proceso de ser negados y como negaciones. En realidad, no son derechos originales sino más bien injusticias-originales;⁶⁶ son derechos originales que solamente existen para señalar la perpetración de injusticias-originales. Reivindicarlos significa abrir el espacio-tiempo para una concepción de derechos humanos pos-colonial y posimperial.

El derecho al conocimiento. La supresión de este derecho original fue responsable del *epistemicidio* masivo sobre el que la modernidad occidental construyó su monumental conocimiento imperial. En una época de transición paradigmática,⁶⁷ la reivindicación de este ur-derecho implica la necesidad de un derecho a conocimientos alternativos. Semejantes conocimientos alternativos deben fundamentarse en una nueva epistemología desde el Sur, desde el Sur no imperial. Puesto que la tensión arriba mencionada entre la regulación social y la emancipación social también es una tensión epistemológica, el derecho a conocimientos alternativos es un derecho a alejarse del conocimiento-regulación hacia la dirección del conocimiento-emancipación,⁶⁸ de una modalidad de conocimiento que

64 En el texto original, el autor utiliza el concepto *ur-rights*, cuya traducción literal al castellano, utilizada a lo largo del texto, es “derechos originales”, también se utilizará la expresión ur-derechos (N. del T.).

65 Sobre la caracterización del pensamiento occidental como pensamiento abismal, véase, por último, Santos, 2007.

66 Aquí, el autor utiliza el concepto *ur-wrongs*, cuya traducción literal al castellano, es “injusticias-originales”, *ur-injusticias* o *ur-ilegalidades* (N. del T.).

67 Sobre la transición paradigmática, véase Santos, 1995 y 2002.

68 Sobre la distinción entre estas dos formas conocimiento, véase Santos, 1995: 7-55.

procede del caos al orden hacia una forma de conocimiento que procede del colonialismo a la solidaridad. Tal conocimiento es la precondition epistemológica para romper el círculo vicioso de una recíproca producción de víctimas y victimizadores. Cuando desde esta perspectiva analizamos los conocimientos institucionales y organizativos que subyacen a las prácticas de los gobiernos de los Estados y de las agencias internacionales, podemos observar con facilidad cómo sus énfasis exclusivos en el orden vuelven impensable el pasaje del colonialismo a la solidaridad. Puesto que no se hace ninguna distinción entre las dos categorías, las víctimas y los victimizadores son iguales ante la concepción liberal de derechos humanos.

El derecho a llevar el capitalismo histórico a juzgamiento en un tribunal mundial. La supresión del segundo derecho-original introdujo la conversión del capitalismo en una manifestación irreversible e incondicional de progreso. La reivindicación de este ur-derecho exige que el capitalismo, representado por los principales actores capitalistas (Estados, agencias financieras multilaterales y corporaciones transnacionales), rindan cuentas por su crucial cuota de responsabilidad en las violaciones masivas de derechos humanos, que suceden en forma de creación masiva de miseria, empobrecimiento cultural y destrucción ecológica. Como este ur-derecho se origina en la excavación arqueológica de la modernidad capitalista y colonialista occidental, la historia del capitalismo mundial y de la modernidad occidental evolucionará gradualmente hacia una historia trágica de degradación ética.

Todo lo que ocurrió en la historia, no solo ocurrió sin más; también impidió que otros pasados (y por tanto otros presentes) ocurrieran. Las lagunas del presente tienen su origen en los pasados suprimidos. Por la misma razón, no se puede adjudicar de hecho ningún enfrentamiento entre factos y no factos: el debate sobre factos y no factos se convierte en un debate sobre las justicias y las injusticias. El tribunal y el juicio, si bien son en sí formas modernas, serán dispuestas para una utilización transmoderna. Como un tribunal mundial, su contexto institucional será un espacio-tiempo transnacional por sí mismo: una globalización contrahegemónica o una globalización desde abajo. El procedimiento se guiará según un

principio abarcador de responsabilidad global, la idea global de *Sorge*, una versión extendida de la idea formulada por Hans Jonas.⁶⁹ En lugar de buscar disputas estrechamente definidas sobre responsabilidades de corto alcance y cursos de acción y consecuencias bien delimitados, este ur-tribunal concebirá el sistema mundo como un conflicto colectivo único, no dejando a nadie fuera, ni como víctima ni como victimizador. Puesto que muchas partes serán tanto víctimas como victimizadores, el peso relativo a cada identidad parcial estará en el centro de la argumentación político-jurídica. La adjudicación de responsabilidad se determinará a la luz de cursos de acción intergeneracionales, de largo alcance, que se producirán en la sociedad y en la naturaleza. Las decisiones, siempre provisionales y reversibles, serán el resultado de la acumulación retórica de capital alrededor de los argumentos de las coaliciones emancipatorias, de los de las víctimas y sus aliados, o alrededor de los argumentos de las coaliciones regulatorias, los de los victimizadores y sus aliados. El veredicto será ejecutable por medio del tipo de acción colectiva asumido por los actores sociales implicados en causar la globalización contrahegemónica y constituirá un proyecto continuado, interminable, el proyecto de una sociedad socialista.

El derecho a una transformación del derecho a la propiedad orientada a la solidaridad. Las formas en las que el tercer derecho original se suprimió históricamente testimonian el carácter inherentemente colonial de la modernidad occidental. Como ur-derecho no es un derecho a la propiedad precisamente porque no existió como tal antes de la usurpación colonial. De nuevo, es una negatividad la que fundamenta la ocupación colonial de la tierra. Concebido como un derecho individual según la concepción occidental de los derechos humanos, el derecho a la propiedad se encuentra en el centro de la línea divisoria del Norte Global/Sur Global. Se desarrolla históricamente mediante una serie de cuestiones jurídicas transformadoras: desde la cuestión general de la legitimidad de la ocupación europea de la tierra en el Nuevo Mundo (siglo XVI), a la cuestión de la relación pública de *imperium* o de jurisdicción que fundamentase las reivindicaciones individuales de tierra por los estados individuales (siglo

69 Jonas, 1985. Véase también Santos, 1995: 50.

XVII), y por último, a la cuestión de la naturaleza de la tierra como una cosa, un objeto de propiedad privada (siglos XVII y XVIII). Mientras que en los dos primeros asuntos la propiedad supuso el control sobre las personas, el tercero solamente expresa el control sobre las cosas. La teoría burguesa de la propiedad está completamente incluida en este cambio. A un concepto que depende de connotaciones políticas, semejante como el de ocupación, le sucede un concepto neutral de posesión física que implica el derecho de propiedad sobre una cosa. Esta cosa, en el momento en el que se creó la teoría de la propiedad, es básicamente la tierra, y el propio concepto de propiedad designa ahora en el lenguaje común a la cosa misma, esto es, a la tierra como propiedad. Locke (1952) [1689] es el gran creador de esta concepción.⁷⁰ Con una gran visión y anticipación Rousseau observó en el derecho a la propiedad, concebido como un derecho individual, las semillas de la guerra y de todo el sufrimiento humano, así como la destrucción de la comunidad y la naturaleza; el problema radicaba, tal como Rousseau percibió con claridad, en la dialéctica entre las consecuencias de las posesiones individuales y colectivas. Esta dialéctica ha alcanzado un punto culminante en décadas recientes con el ascenso de las corporaciones transnacionales a una prominencia económica mundial. A pesar de que están constituidas por grandes colectividades de accionistas y directivos, de que poseen recursos que exceden los de muchos Estados-nación, de que funcionan a nivel mundial y controlan la provisión de servicios públicos esenciales a la supervivencia de importantes masas de población, las corporaciones transnacionales se consideran, no obstante, sujetos de derechos y se les trata como tales tanto por los derechos nacionales como por el derecho internacional. Una política cosmopolita insurgente de derechos humanos debe hacer frente directamente al individualismo posesivo de la concepción liberal de la propiedad. Más allá del Estado y del mercado, se debe reinventar un tercer dominio social: un dominio social colectivo, no estatocéntrico; privado, pero no orientado al lucro, en el que el derecho solidariamente orientado a una transformación del derecho de propiedad estuviera social y políticamente anclado.

70 Con respecto al debate sobre la evolución del pensamiento de Locke de la propiedad, véase Santos, 1995: 68-71.

El derecho al reconocimiento de derechos a entidades incapaces de ser titulares de deberes, concretamente la naturaleza y las generaciones futuras. La supresión del cuarto derecho original fundamenta la simetría entre los sujetos de derechos y los sujetos de deberes que se halla en el centro de la concepción occidental de los derechos. Según esta concepción, solamente los que son susceptibles de ser sujetos de deberes tienen derecho a ser sujetos de derechos. Esta simetría estrechó el ámbito del principio de reciprocidad de tal forma que dejó fuera a las mujeres, los niños, los esclavos, los indígenas, la naturaleza y las generaciones futuras. Una vez excluidos del círculo de reciprocidad, se les incluyó como cosas en los razonamientos y cálculos económicos y políticos. Las transformaciones graduales de los dos últimos siglos han sido demasiado tímidas como para neutralizar el trágico resultado de estas exclusiones arbitrarias. El principio de responsabilidad en sentido amplio mencionado arriba proporciona la orientación normativa para la extensión del ámbito de reciprocidad dentro del cual se reconocerán derechos de los que son titulares los no sujetos de deberes.

El derecho a la autodeterminación democrática. Con una larga tradición en la modernidad occidental, la supresión de este derecho legitimó las derrotas populares tras las revoluciones de los siglos XIX y XX, así como de la independencia elitista de las colonias latinoamericanas a lo largo de todo el siglo XIX. Se podría localizar la misma supresión en la casi simultánea proclamación del derecho de las naciones a la autodeterminación tanto de Woodrow Wilson como de Lenin (Wallerstein, 1991b: 5). En el período de posguerra, la reclamación de este ur-derecho ha estado presente en el proceso de descolonización y hoy en día se invoca por los pueblos indígenas en su lucha por la identidad social, política y cultural. Aunque el fortalecimiento de esta tradición es indudablemente un hecho histórico progresista, también se puede convertir en una seria barrera a la posterior reclamación del ur-derecho a la autodeterminación democrática exigida por una práctica cosmopolita insurgente de derechos humanos.

La trayectoria del derecho a la autodeterminación durante los últimos cincuenta años demuestra cuánto se ha de hacer todavía en esta área. La formulación moderada y relativamente ambigua de este derecho en la

Carta de las Naciones Unidas fue pronto suplantada por la fuerza del movimiento anticolonialista (la Conferencia Bandung se celebró en 1955) y el predominio de la doctrina socialista de la autodeterminación por encima de la del mundo occidental (Cassese, 1979: 139). Mientras que el concepto de la autodeterminación se expandía para implicar la liberación del colonialismo, de la dominación racista (por ejemplo, Sudáfrica y Rodesia del sur), y de la ocupación extranjera (como los territorios árabes ocupados por Israel), los países socialistas, junto a los países árabes y africanos, restringieron su uso a la autodeterminación exterior; para los Estados de soberanía independiente, la autodeterminación era equivalente al derecho a la no intervención. Por el contrario, los países occidentales defendían que la autodeterminación también se debería entender como la autodeterminación interna, es decir, como el derecho de los pueblos contra los Estados soberanos que violaban masivamente los derechos humanos, refiriéndose a los regímenes totalitarios del bloque comunista. Los desarrollos normativos en el sistema de Naciones Unidas, especialmente tras los Tratados Internacionales de 1966, muestran que la ONU ha estado unilateralmente concentrada en la autodeterminación “externa”—en detrimento de la “interna”. En mi análisis sobre las luchas de los pueblos indígenas (Santos, 2002: 237-257), he intentado dejar al descubierto las barreras casi insuperables provocadas por el principio de soberanía contra el reconocimiento de la autodeterminación “interna”. Aunque la prioridad otorgada a la autodeterminación “externa” pudo haber estado justificada durante el proceso anticolonialista, desde entonces ha perdido toda justificación.⁷¹

Desde la perspectiva de un concepto no imperial de autodeterminación, se ha de hacer una especial referencia a un documento no gubernamental que ha adquirido una autoridad moral mundial y en el cual el derecho a la autodeterminación de los pueblos recibe su más completo reconocimiento. Me refiero a la Declaración de los Derechos de los Pueblos de Argel de 1976 y, concretamente, a los artículos 5, 6 y 7.

71 Como señala Cassese, “se están desarrollando y desplegando nuevas formas de opresión (el neocolonialismo, la opresión hegemónica, la dominación por corporaciones multinacionales y organizaciones transnacionales represivas) y las minorías están despertando de la opresión secular a un sentido más vital de libertad e independencia” (Cassese, 1979: 148).

Artículo 5

Los pueblos tienen un derecho imprescriptible e inalienable a la autodeterminación. Deberán determinar su estatus político libremente y sin interferencia extranjera.

Artículo 6

Todos los pueblos tienen el derecho a liberarse de cualquier dominación colonial o extranjera, sea directa o indirecta, y de cualquier régimen racista.

Artículo 7

Todos los pueblos tienen el derecho a tener un gobierno democrático que represente a todos los ciudadanos independientemente de la raza, sexo, creencia o color, y que sea capaz de asegurar un respeto efectivo por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos.

La Declaración de Argel es la más cercana a la completa reivindicación del ur-derecho a la autodeterminación democrática. Proporciona, a mi juicio, un fundamento adecuado para una más amplia y profunda concepción del derecho a la autodeterminación, en la medida en que actúa como un principio conductor para las luchas por una globalización contrahegemónica. Shivji ha propuesto el derecho de los pueblos a la autodeterminación como uno de los derechos centrales en el contexto africano, un derecho colectivo “que encarna la principal contradicción entre el imperialismo y sus aliados frente a los pueblos, por un lado, y las naciones opresoras frente a las naciones oprimidas, por otro” (1989: 80). Según él, los titulares de este derecho son pueblos dominados/explotados y naciones, nacionalidades, grupos nacionales y minorías oprimidas, mientras que los sujetos de los deberes son Estados, naciones opresoras y nacionalidades y países opresores imperialistas. Aunque esté básicamente de acuerdo con Shivji, me gustaría recalcar que, según mi concepción, el derecho a la autodeterminación se puede ejercitar como un derecho colectivo y como un derecho individual: en el centro de cualquier derecho colectivo se encuentra el derecho a decidir no participar de la colectividad. Además, pongo el mismo énfasis en el resultado político de la

autodeterminación que en los procesos de democracia participativa hacia la autodeterminación. Los pueblos son entidades políticas y no abstracciones idealizadas: no se expresan con una sola voz y cuando lo hacen, es imperativo establecer una democracia participativa como el criterio para la legitimidad de las posiciones manifestadas.

El derecho a organizar y participar en la creación de los derechos. La supresión del sexto derecho original ha constituido el fundamento del gobierno y de la dominación capitalista. Sin semejante supresión, las minorías nunca habrían sido capaces de gobernar sobre las mayorías en un campo político que está formado por ciudadanos libres e iguales. Al basarse en concepciones radicales de la democracia, las luchas emancipatorias que convergen en la globalización contrahegemónica de la actualidad reivindican este ur-derecho como si fuera su principio político básico. El conflicto entre la globalización neoliberal y la globalización contrahegemónica anticapitalista representa un campo social relativamente no mapeado que se caracteriza por tener riesgos de opresión, sufrimiento humano y destrucción, difíciles o hasta imposibles de sortear, así como por tener posibilidades y oportunidades nuevas y no imaginadas para una política emancipatoria. Los riesgos se alimentan de la atomización, despolitización y *apartheidización* de las personas que derivan de la espiral descendiente de viejas formas de resistencia y organización: el círculo vicioso entre energías movilizadoras disminuidas y las cada vez más crecientes organizaciones sin sentido. Lejos de ser un proceso “orgánico”, semejante espiral descendiente es activamente provocado con medidas represivas y con manipulación ideológica.⁷² Por otra parte, las oportunidades para una política emancipatoria dependen, según las circunstancias, bien de la invención de nuevas formas de organización expresamente dirigidas a enfrentarse a los nuevos riesgos o bien de la defensa de viejas formas de organización, que después se reinventan para estar a la altura de los nuevos retos, nuevas agendas y nuevas coaliciones potenciales.

72 Por ejemplo, en los países del centro, especialmente en EE.UU. (pero también en Europa y Japón), el derecho de los trabajadores a organizarse en sindicatos se ha socavado por derribos sindicales, mientras que simultáneamente sus intereses se han miniaturizado ideológicamente como “intereses especiales” y como tales, se han equiparado con cualesquiera otros intereses especiales (por ejemplo, los de la Asociación Nacional del Rifle).

El derecho a la organización es un derecho primordial, sin el cual no se pueden alcanzar siquiera mínimamente ninguno de los otros derechos. Es un ur-derecho en el más estricto sentido, puesto que su supresión está en el centro de la concepción moderna según la cual los derechos más fundamentales no tienen que crearse: ya están presentes como derechos naturales, como “dados”. Sin denunciar esta supresión abisal resultará imposible organizar todas las solidaridades necesarias contra todos los colonialismos existentes. Sobre este derecho original que los pueblos indígenas están fundamentando sus luchas para ganar el derecho a seguir sus propios derechos.

El derecho a la organización y el derecho a crear derechos son por tanto dos dimensiones inseparables del mismo derecho.⁷³ Según las vulnerabilidades de determinados grupos sociales, la represión de los derechos humanos se dirige o bien contra la creación de derechos o bien contra la organización de defender o crear derechos. La moralmente repugnante línea divisoria entre el Norte Global y el Sur Global y, en relación con ello, la creciente interiorización del Tercer Mundo en el Norte Global (los pobres, los parados de larga duración, los sin techo, los trabajadores migrantes sin papeles, los solicitantes de asilo, los presos, así como las mujeres, las minorías étnicas, los niños, los gays y lesbianas), demuestran claramente la extensión con la que una política emancipatoria de derechos se encuentra profundamente entrelazada con las políticas de la democracia participativa, al tiempo que exigen una reconstrucción teórica de la teoría democrática.

V. Conclusión

Tal como se entiende convencionalmente, la política de derechos humanos se basa en una supresión masiva de los derechos constitutivos, o ur-derechos, tal como los he denominado, y que en las sociedades capitalistas

73 El derecho a organizar, concebido como un ur-derecho, es una formulación políticamente fundamentada del más abstracto “derecho a tener derechos” propuesto por Hannah Arendt (1951). Es la denuncia de concretas supresiones de injusticias-originales de la resistencia organizada.

existen solamente en cuanto ur-ilegalidades o ur-injusticias. Semejante política se deriva del colonialismo y no se imagina un futuro más allá del capitalismo. Es también una suerte de esperanto con dificultades para convertirse en el lenguaje cotidiano de la dignidad humana en todo el globo. He sentado las bases para una concepción intercultural de una política emancipatoria de derechos humanos. Tal política debe basarse en dos reconstrucciones radicales. Por una parte, una reconstrucción intercultural mediante la traducción de la hermenéutica diatópica, mediante la cual una red de lenguajes nativos de emancipación mutuamente inteligibles y traducibles encuentra su camino en una política cosmopolita insurgente. Por otra parte, debe haber una reconstrucción posimperial de derechos humanos centrada en deshacer los actos masivos de supresión constitutiva —los ur-derechos— sobre los cuales la modernidad occidental fue capaz de transformar los derechos de los vencedores en derechos universales.

Este proyecto puede sonar más bien utópico. Pero, como en una ocasión apuntó Sartre, las ideas, antes de materializarse, poseen una extraña semejanza con la utopía. Sea como fuere, lo importante es no reducir el realismo a lo que existe.

Capítulo 4

Sociología crítica de la justicia

Sociología crítica de la justicia

I. Introducción

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

A lo largo del siglo XX y con altibajos en el tiempo, los jueces han sido polémicos y objeto de un fuerte escrutinio público. Basta recordar los tribunales de la República de Weimar después de la revolución alemana (1918) y sus criterios dobles en el castigo de la violencia política de las extremas derecha e izquierda; el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el modo como intentó anular la legislación del *New Deal* de Roosevelt a comienzos de los años treinta; los tribunales italianos de finales de las décadas de los sesenta y setenta que, mediante el «uso alternativo del derecho», buscaron reforzar la garantía jurisdiccional de los derechos sociales; (Sense, 1978);⁷⁴ el Tribunal Supremo de Chile y el modo como intentó

74 Sense, S. *Crisis istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*. Milano, editorial Feltrinelli, 1978.

impedir el proceso de las nacionalizaciones llevado a cabo por Allende a comienzos de la década de los setenta.

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

Por el contrario, el protagonismo de los jueces en tiempos más recientes, sin favorecer necesariamente agendas o fuerzas políticas conservadoras o progresistas tal como se presentan en el campo político, parece afirmarse en un entendimiento más amplio y más profundo del control de la legalidad, que a veces incluye un control de la constitucionalidad no solo del derecho ordinario, como medio para fundamentar una garantía más osada de los derechos de los ciudadanos, sino también de las decisiones económicas que toman las diferentes autoridades. Los jueces deciden si determinada orientación económica es contraria a la Constitución, y si consideran dejada sin efectos jurídicos, se genera un gasto fiscal inesperado. Lo anterior lleva al ejecutivo a acusar a los tribunales de usurpar su autonomía a la hora de determinar las políticas económicas.⁷⁵

Por otro lado, aunque la notoriedad pública exista en casos que constituyen una fracción infinitesimal del trabajo judicial, es lo suficientemente recurrente para no parecer excepcional y para que, al contrario, parezca corresponder a un nuevo patrón de intervención judicial. Además, esta intervención, al contrario que las anteriores, ocurre más en el ámbito penal que en el civil, laboral o administrativo, y asume su rasgo específico al situar la criminalidad dentro de la responsabilidad política o, mejor, la irresponsabilidad política. Esta intervención, a diferencia de las formas

75 Una propuesta restrictiva de la intervención de los jueces en la economía; al respecto véase S. Clavijo, 2001, también S. Kalmanovitz, 2001. Sobre una visión de la necesidad de un control judicial de las decisiones económicas, véase Uprimny, R. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*, 2006a.

anteriores de intervención, se dirige poco a los usos del poder político y a las agendas políticas en que este se ha convertido. Ahora se dirige a los abusos del poder y a los agentes políticos que los protagonizan.

Sin embargo, el nuevo protagonismo judicial comparte con el anterior una característica fundamental: se traduce en un enfrentamiento con la clase política y con otros órganos de poder soberano, en especial con el poder ejecutivo. Y por esto, tal como antes, ahora se habla de la judicialización de los conflictos políticos. Si bien es cierto que en el origen del Estado moderno el sector judicial es un poder político —órgano de soberanía—, sin embargo, solo se asume públicamente como poder político en la medida en que interfiere con otros poderes políticos. O sea, la política judicial, que es una característica matricial del Estado moderno, solo se afirma como política del sector judicial cuando se enfrenta en su terreno con otras fuentes de poder político. De ahí que la *judicialización* de los conflictos políticos no pueda dejar de traducirse en la politización del sistema judicial.⁷⁶

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

La pregunta acerca de la capacidad se dirige a los recursos de que dispone la justicia para llevar a cabo de forma eficaz la política judicial. La capacidad de los jueces se cuestiona por dos vías: por un lado, en un cuadro procesal fijo y con recursos humanos y de infraestructura relativamente inelásticos, cualquier aumento «exagerado» de la búsqueda de intervención judicial puede significar el bloqueo de la oferta y, en última

76 Véase Hirschl, R. *Towards Juristocracy: The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Harvard UP, 2004.

instancia, redundando en la denegación de tutela judicial efectiva. Por otro lado, los jueces no disponen de medios propios para hacer ejecutar sus decisiones siempre que estas, para producir efectos útiles, presupongan una participación activa de cualquier sector de la administración pública. En estos ámbitos, que son aquellos en los que la «politización de los litigios judiciales» ocurre con más frecuencia, la justicia está a merced de la buena voluntad de servicios que no están bajo su jurisdicción y, siempre que tal buena voluntad falla, repercute directa y negativamente en la propia eficacia de la protección judicial.

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

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

Las preguntas sobre la legitimidad, sobre la capacidad y sobre la independencia, alcanzan, como hemos visto, mayor agudeza en momentos en que los jueces adquieren mayor protagonismo social y político.

Este hecho tiene un importante significado, tanto por lo que muestra como por lo que oculta. En primer lugar, tal protagonismo es producto de un conjunto de factores que evolucionan históricamente, por lo que se hace necesaria una visión histórica de la función y el poder judiciales en los últimos ciento cincuenta años a fin de poder contextualizar mejor la situación presente. En segundo lugar, las intervenciones judiciales que son

responsables de la notoriedad judicial en cierto momento histórico constituyen una fracción ínfima del desempeño judicial, por lo cual un enfoque exclusivo en los grandes asuntos puede ocultar o dejar poco analizado el desempeño que en la práctica cotidiana de los jueces ocupa la gran mayoría de los recursos y del trabajo judicial. Últimamente, el debate se ha centrado entre una justicia protagonista que corresponde a las decisiones de los altos tribunales y una justicia rutinaria que se dedica a los casos más comunes. En este último caso, su desempeño es defectuoso, pues muchas veces está amenazada por la delincuencia organizada, en el caso de países con problemas crónicos de violencia, o no cuenta con los recursos necesarios para hacer su trabajo adecuadamente, lo que se refleja, por ejemplo, en la escasa capacidad del juez para ordenar la práctica de pruebas. La consecuencia de esto es que los casos no se resuelven de la manera más adecuada, sino solo de la forma posible, es decir, con los elementos de juicio que las partes aporten al proceso. El resultado es que el poderoso vencerá, ya que tiene más posibilidades de convencer al juez que la parte más débil.⁷⁷

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

Un análisis sociológico del sistema judicial no puede dejar entonces de abordar las cuestiones de la periodicidad, del desempeño judicial de rutina o de masa y de los factores sociales, económicos, políticos y culturales que condicionan de manera histórica el ámbito y la naturaleza de

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

la *judicialización* del conflicto interindividual y social en un determinado país o momento histórico.

II. Los jueces y el Estado moderno

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

Por esta razón, la periodicidad de la postura sociopolítica de los jueces que expongo a continuación tiene sobre todo presente la evolución en los países centrales más desarrollados del sistema mundo. La evolución del sistema judicial en países periféricos y semiperiféricos (como Portugal, Brasil, Colombia, etc.) se rige por parámetros relativamente diferentes. Como es comprensible, a la luz de lo que se dijo antes, esta evolución comporta algunas variaciones en función de la cultura jurídica dominante (tradición jurídica europea continental, anglosajona, etc.), pero tales variaciones son poco relevantes para los propósitos analíticos de este trabajo.

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

2.1. El período del Estado liberal

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

1. La teoría de la separación de los poderes conforma la organización del poder político, de tal manera que, por su parte, el poder legislativo asume un claro predominio sobre los demás, mientras el poder judicial es, en la práctica, neutralizado políticamente.⁷⁸
2. La neutralización política del poder judicial se obtiene mediante el principio de legalidad, es decir, de la prohibición de que los jueces decidan *contra legem*, y del principio, conexo con el primero, de subsunción racional-formal, según el cual la aplicación del derecho es una subsunción lógica de hechos a normas y, como tal, está desprovista de referencias sociales, éticas o políticas. Así, los jueces se mueven en un marco jurídico-político preconstituido, frente al cual solo les compete garantizar en concreto su vigencia. Por esta razón, el poder de los jueces es retroactivo o se acciona de forma retroactiva, es decir, con el objetivo de reconstituir una realidad normativa plenamente constituida. Por la misma razón, los jueces garantizan que el monopolio estatal de la violencia sea ejercido con legitimidad.
3. Además de retrospectivo, el poder judicial es reactivo, es decir, solo actúa cuando es instado por las partes o por otros sectores del Estado. La disponibilidad de los jueces para resolver litigios es, de esta manera, abstracta y solo se convierte en una oferta concreta de solución de

78 Sobre la neutralización política del poder judicial en el Estado liberal, véase, en especial: Ferraz Jr., 1994; Lopes,(SIC), 1994, y Campilongo, 1994 y 2000b.

litigios en la medida en que haya una demanda social efectiva. Los jueces no deben hacer nada para influir en el tipo y en el nivel concreto de la demanda.

4. Los litigios de que se ocupan los jueces son individualizados en un doble sentido: tienen contornos claramente definidos por estrictos criterios de relevancia jurídica y suceden entre individuos. Por otro lado, la decisión judicial sobre un litigio solo es válida para el caso en concreto al cual se aplica.
5. En la solución de los litigios se da total prioridad al principio de la seguridad jurídica, fundada en la generalidad y universalidad de la ley y en la aplicación, idealmente automática, que ella hace posible. La inseguridad sustantiva de futuro resulta de esta manera perfilada tanto por la seguridad procesal del presente (observancia de las reglas del proceso) como por la seguridad procesal del futuro (el principio del caso juzgado o de la cosa juzgada).
6. La independencia de los jueces reside en el hecho de estar total y exclusivamente sometidos al imperio de la ley. Concebida así, la independencia de los jueces es una garantía eficaz de protección de la libertad, entendida como vínculo negativo, es decir, como prerrogativa de no interferencia. La independencia se refiere a la dirección del proceso decisorio y, por eso, puede coexistir con la dependencia financiera y administrativa de los jueces ante los poderes legislativo y ejecutivo.

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

de función se limitaba al microlitigio interindividual, desligando de él el macrolitigio social.

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

Como sabemos, el Estado liberal, a pesar de haberse asumido como un Estado mínimo, contenía en sí mismo las potencialidades para ser un Estado máximo y la verdad es que desde temprano —mediados del siglo XIX en Inglaterra y Francia, años treinta del siglo XX en los Estados Unidos— comenzó a intervenir en la regulación social y económica, mucho más allá de los espacios del Estado gendarme (Santos, 1994: 103-118).⁷⁹ Siempre que esta regulación fue, por cualquier razón, objeto de litigio judicial, los jueces se inclinaron por interpretaciones restrictivas de la intervención del Estado.

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

79 Santos. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. Porto, Afrontamento, pp. 103-118, 1994.

Podemos concluir que, en este período, su posición institucional predispuso a los jueces a una práctica judicial técnicamente exigente pero éticamente débil, inclinada a traducirse en rutinas y, en consecuencia, a desembocar en una justicia trivial. En estas condiciones, la independencia de los jueces representa el otro lado de su desarme político. Una vez neutralizados políticamente, los jueces independientes pasaron a ser un ingrediente esencial de la legitimidad política de los otros poderes, al garantizar que la producción legislativa de éstos llegara a los ciudadanos «sin distorsiones».⁸⁰

2.2. El período del Estado del bienestar

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

1. La teoría de la separación de poderes entra en crisis, sobre todo en vista de la preeminencia asumida por el poder ejecutivo. La gubernamentalización de la producción del derecho crea una nueva instrumentación jurídica que, a cada instante, entra en confrontación con el ámbito judicial clásico.⁸¹
2. La nueva instrumentación jurídica se traduce en sucesivas explosiones legislativas y, en consecuencia, en una sobrejuridicidad de la realidad social que pone fin a la coherencia y a la unidad del sistema jurídico.

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

81 Ferraz Jr. "O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência". *Revista USP* 21, 1994, pp. 12-21.

Surge un caos normativo que hace problemática la vigencia del principio de legalidad e imposible la aplicación de la subsunción lógica.

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

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

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

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

Las respuestas que se dieron a este fenómeno variaron de país a país pero incluyeron casi siempre algunas de las siguientes reformas:

Informalidad de la justicia; dotación de la administración de justicia en recursos humanos y en infraestructura, incluyendo la informatización y la automatización; creación de juzgados especiales para los pequeños

litigios de masas tanto en materia civil como criminal; proliferación de mecanismos alternativos de solución de los litigios (mediación, negociación, arbitraje); varias reformas procesales (acciones de amparo, acciones populares, protección de intereses difusos, etcétera).⁸²

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

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

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

El dilema en que se vieron los jueces fue el siguiente: si continuaban aceptando la neutralidad política que provenía del período anterior, persistiendo en el mismo patrón de actuación clásico, reactivo, de microlitigio, podrían seguramente continuar viendo pacíficamente reconocida su independencia por los otros poderes del Estado, pero lo harían corriendo el riesgo de volverse socialmente irrelevantes y, con eso, podrían ser vistos por los ciudadanos como dependientes, de hecho, de los poderes ejecutivo y legislativo. Por el contrario, si aceptaban su parte de

82 Sobre este tema, véase Santos, 1994, pp. 141-161, y la bibliografía allí citada, publicado en castellano en Santos, 1998d.

cuota de responsabilidad política en la actuación de promoción del Estado —en especial mediante una vinculación más estrecha del derecho ordinario a la constitución, para garantizar una protección más eficaz de los derechos de la ciudadanía— corrían el riesgo de entrar en competencia con los otros poderes y de comenzar, como poder más débil, a sufrir las presiones del control externo, ya fuera por parte del poder ejecutivo, ya por parte del poder legislativo, presiones ejercidas típicamente por una de estas tres vías: nombramientos de los jueces para los tribunales superiores, control de los órganos del poder judicial y gestión presupuestaria.

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

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

A comienzos de la década de los setenta del siglo XX, en un contexto de fuerte movilización social y política, que además atravesó el propio sistema judicial, Italia fue escenario de una lucha por las alternativas en el interior del propio poder judicial. Los sectores más progresistas, vinculados a la *Magistratura Democrática*, protagonizaron, a través del movimiento por el uso alternativo del derecho, la confrontación de la contradicción entre igualdad formal y justicia social. En otros países las opciones fueron menos claras y las luchas menos reñidas, variando mucho su significado político. Por ejemplo, en los países escandinavos la corresponsabilidad política de los tribunales fue un problema menos agudo, dado el alto desempeño promotor de otros poderes del Estado del bienestar.

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

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

2.3. El período de la crisis del Estado del bienestar

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

Las manifestaciones de esta crisis son conocidas: incapacidad financiera del Estado para atender los gastos siempre crecientes de la beneficencia

estatal, teniendo en cuenta la conocida paradoja según la cual esta es más necesaria cuando peores son las condiciones de financiación (por ejemplo, cuanto mayor es el desempleo, menores son los recursos para financiarla, ya que los desempleados dejan de contribuir); la creación de una enorme burocracia que acumula un peso político propio que le permite funcionar con elevados niveles de despilfarro e ineficiencia; la clientelización y normalización de los ciudadanos, cuyas opciones de vida (de actividad y de movimientos) quedan sujetas al control y a la supervisión de agencias burocráticas despersonalizadas.

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

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

1. La sobrejuridización de las prácticas sociales que venía del período anterior continuó acentuando la pérdida de coherencia y de unión del sistema jurídico. Pero sus causas son ahora parcialmente diferentes y dos de ellas merecen una mención especial. En primer lugar, la llamada desregulación de la economía.⁸³

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

A medida que se fue imponiendo el modelo neoliberal, fue ganando importancia en la agenda política la idea de la desvinculación del Estado como regulador de la economía. Hablamos de *idea* en la medida en que la práctica es bastante contradictoria. Es cierto que se han visto formas inequívocas de desvinculación como, por ejemplo, en los casos en que el sector empresarial del Estado fue total o parcialmente privatizado. También se produjo la desregulación de algunos aspectos del funcionamiento del mercado como la fijación de los precios y las relaciones de trabajo.⁸⁴ Pero el proceso de desregulación es contradictorio en la medida en que se llevó a cabo en algunas áreas paralelamente con el aumento de la reglamentación en otras. En la gran mayoría de los casos, la desregulación fue solo parcial.

Paradójicamente, después de décadas de regulación, la desregulación solo puede hacerse mediante una producción legislativa específica y, a veces, bastante elaborada. O sea, la desregulación significa, en cierto sentido, una reglamentación y por eso una sobrecarga legislativa adicional.

Pero la contradicción de este proceso reside también en el hecho de que el desmantelamiento de la regulación nacional de la economía coexiste, y de hecho está integrada, con nuevos procesos de regulación que se producen a nivel internacional y transnacional.⁸⁵ Esto nos conduce al segundo factor nuevo en la producción de la inflación legislativa en el tercer período. Se trata de la globalización de la economía. Este fenómeno, que a pesar de no ser nuevo asume hoy proporciones sin precedentes, ha dado oportunidad a que aparezca un nuevo derecho transnacional, el derecho de los contratos internacionales, la llamada nueva *Lex mercatoria*, que da una dimensión más al caos normativo en la medida en que coexiste con el derecho nacional aunque a veces esté en contradicción con él. Surge, por esta vía, un nuevo pluralismo jurídico de naturaleza transnacional que simultáneamente es causa y consecuencia de la erosión de la soberanía del Estado nacional que transcurre en este período.⁸⁶ La erosión

84 Santos, Gonçalves y Marques, 1995, pp. 191-194 y p. 454.

85 Véase Scherer F.M. *Competition Policies for an Integrated World Economy*. Washington DC, editorial The Brookings Institution, 1994.

86 El pluralismo jurídico es analizado en detalle en los capítulos 2 y 6 del libro de Santos, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Bogotá, Editorial Trotta, 2009.

de la soberanía del Estado trae consigo, en las áreas en que se produce, la erosión del protagonismo del poder judicial dentro de la garantía de control de la legalidad.

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

Los estudios realizados sobre la explosión de la litigiosidad obligaron a revisar algunas de las ideas sobre el acceso a la justicia.⁸⁷ Por un lado, las medidas más innovadoras para incrementar el acceso de las clases más bajas fueron eliminadas por razones políticas o presupuestarias. Por otro lado, se cuestiona el ámbito de la protección judicial, pues muchas veces, a pesar de su ampliación, los jueces continuaron siendo selectivos en la eficiencia con que respondieron a la demanda de protección judicial.⁸⁸

En unos países más que en otros el desempeño judicial continuó concentrándose en las mismas áreas de siempre. Además de eso, el aumento del litigio agravó la tendencia que consiste en evaluar el desempeño de los jueces en términos de productividad cuantitativa.

87 Véase Trubek *et al.* *Civil Litigation Research Project Final Report (parts A,B,C)*. Madison, University of Wisconsin – Madison Law School, 1983.

88 En los países semiperiféricos el desarrollo ha sido similar, véase Santos y García Villegas, eds.; 2001, y Rodríguez-Garavito y Uprimny, 2006.

Esta tendencia hizo que la masificación del litigio diera origen a una judicialización rutinaria de los jueces, que evitaban sistemáticamente los procesos y los ámbitos jurídicos que obligaban al estudio o a las decisiones más complejas, innovadoras o controvertidas.⁸⁹ Por último, hubo necesidad de averiguar en qué medida el aumento del litigio era resultado de la apertura del sistema jurídico a nuevos litigantes o era en cambio el resultado del uso más intensivo y recurrente de la vía judicial por parte de los mismos litigantes, los llamados *repeat players*.⁹⁰

3. Sin embargo, en el tercer período el litigio en el ámbito civil sufre una alteración significativa. La aparición en este período, sobre todo en el área económica, de una legalidad negociada asentada en normas programáticas, contratos-programa, cláusulas generales, conceptos indeterminados, originó la aparición de litigios muy complejos, que movilizan conocimientos técnicos sofisticados tanto en el ámbito del derecho como en el de la economía, la ciencia y la tecnología.⁹¹ La poca preparación de los magistrados, combinada con su tendencia a refugiarse en la rutina y en la productividad cuantitativa, hizo que la oferta jurídica fuera muy deficiente en estos litigios, lo que de alguna manera contribuyó a la erosión de la legitimidad de los jueces como mecanismos de solución de conflictos.

Paralelamente a la crisis del Estado del bienestar, en este período se agravan las desigualdades sociales. Este fenómeno, junto con la relativa

89 Véase Faria, 1994, p. 50, donde se puede leer un importante análisis de los desafíos del poder judicial en este ámbito.

90 Galanter M. "Why the Haves Come out Ahead: Speculations on the limits of Legal Change". *Law and Society Review*, 9 (1), 1974.

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

rigidez de los derechos sociales y económicos, rigidez que resulta de que son derechos y no ejercicios de benevolencia, por lo que existen y pueden ser ejercidos de manera independiente de las vicisitudes del ciclo económico, debería, en principio, suscitar un aumento dramático del litigio. La verdad es que esto no sucedió, y en algunas áreas como, por ejemplo, en el dominio de los derechos laborales, el litigio disminuyó en muchos países. Contribuyó a esto un cierto debilitamiento de los movimientos sociales (en especial los sindicatos), que en el período anterior habían sostenido políticamente la judicialización de los derechos de la segunda generación, los derechos económicos y sociales.

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

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

Específicamente, los derechos sociales tales como el derecho al trabajo y al subsidio de desempleo, a la educación, salud y vivienda social,

incluyeron la creación de gigantescos servicios públicos, una legión de funcionarios y una infinidad de concursos públicos y de contrataciones, contratos y suministros que incluyeron abultadísimas cuantías de dinero. Tales concursos y contrataciones crearon las condiciones para la promiscuidad entre el poder económico y el político. La debilidad de las referencias éticas en el ejercicio del poder político, combinada con las deficiencias del control del poder por parte de los ciudadanos, permitió que esa promiscuidad redundara en un aumento dramático de la corrupción.

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

En segundo lugar, la comunicación social en las sociedades democráticas es un auxiliar precioso en la investigación de la gran criminalidad política y lo es más cuanto menos activa es la investigación por parte de los órganos competentes del Estado. En tercer lugar, la competencia por el poder político entre los diferentes partidos y grupos de presión crea divisiones que pueden dar origen a denuncias recíprocas, sobre todo cuando las relaciones con el poder económico son decisivas para avanzar en la carrera política, o cuando, por diferentes razones, tales relaciones se vuelven conflictivas.

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

El análisis de los jueces en el ámbito penal es más complejo no solo porque aquí coexisten dos magistraturas, sino también porque el desempeño judicial depende de las políticas de investigación. En la mayor parte de los países centrales⁹² el aumento del litigio civil en el período del Estado del bienestar se produjo junto con el aumento de la criminalidad, y esta no cesó de aumentar en el período actual. Así como en el litigio civil la masificación suscita la rutina y la productividad cuantitativa, en el ámbito judicial penal el aumento de la criminalidad pone de manifiesto los estereotipos que anteceden a la rutinización del control social por parte de los jueces y a la selectividad de la actuación que ocurre por medio de ella.

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

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

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

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

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

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

El aumento de la corrupción es solo uno de los síntomas de la crisis de la democracia como sistema de representación política. La lucha contra la

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

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

No es sorprendente que los jueces, de un modo o de otro, sean llamados al centro del debate político y pasen a ser un ingrediente fundamental de la crisis de la representación política, bien sea porque contribuyen a ella, eximiéndose de su responsabilidad de combatir el abuso del poder, bien sea porque contribuyen a su solución, asumiendo esa responsabilidad.

Además, esta responsabilidad puede asumirse con varios grados de intensidad. Hay que distinguir, por ejemplo, entre el combate puntual y el combate sistemático contra la corrupción. El combate puntual se afirma en la represión selectiva, incidiendo sobre algunos casos de corrupción escogidos por razones de política judicial: porque su investigación es particularmente fácil; porque contra ellos hay una opinión pública fuerte, la cual, si es defraudada por la ausencia de represión, profundiza la distancia entre los ciudadanos y la administración de justicia; porque siendo ejemplares tienen un elevado potencial de prevención y porque su represión tiene bajos costes políticos.

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

En estas condiciones, por una u otra vía, el poder judicial está fuertemente politizado en este período. La complejidad de este hecho está en que la legitimidad del poder político de los jueces se asienta en el carácter apolítico de su ejercicio. O sea, un poder globalmente político tiene que ejercerse de forma apolítica en cada caso concreto. Si en el segundo período la constitucionalidad del derecho ordinario tiende por fin a reforzar la efectividad de los derechos, en el tercer período la lucha contra la corrupción busca la eliminación de las inmunidades de hecho y de las impunidades en que estas se traducen. El agravamiento de las desigualdades sociales en el tercer período mantiene viva y hasta refuerza la primera exigencia (efectividad de los derechos), pero ahora esta no puede cumplirse si la segunda (la lucha contra la corrupción) no se cumple también. La garantía de los derechos de los ciudadanos presupone que la clase política y la administración pública cumplen sus deberes para con los ciudadanos. Esta articulación explica en parte la actuación del poder judicial en Italia en el ámbito de la operación «Manos Limpias».⁹³ El activismo de

93 Tijeras, R. *La Revolución de los Jueces. De Falcone a Barbero: una cruzada contra la corrupción política, el crimen internacional y la razón de Estado*. Madrid, Temas de Hoy, 1994.

una parte del sistema judicial italiano en defensa de los derechos económicos y sociales en el segundo período creó una cultura judicial intervencionista y políticamente frontal, cuyas energías fueron relativamente desviadas, en el tercer período, de la garantía de los derechos hacia la represión del abuso del poder político.⁹⁴

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

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

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

94 L. Pepino y N. Rossi, eds. *Democrazia in Crisi e Senso della Giurisdizione*, Milano, Franco Angeli 1993; y Rossi, N., ed. *Giudici e Democrazia: La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*. Milano, Franco Angeli, 1994.

bienestar: la judicialización de la protección del ambiente y de la protección de los consumidores.

III. Los jueces en los países periféricos y semiperiféricos

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

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

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

Durante el período liberal muchos de estos países eran colonias y continuaron siendo colonias por mucho tiempo (los países africanos), y otros

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

La precariedad de los derechos es la otra cara de la precariedad del régimen democrático, y por eso no sorprende que la pregunta sobre la independencia de los jueces sea considerada en estos países de un modo diferente a como se considera en los países centrales. En estos últimos, los tres períodos corresponden a tres tipos de prácticas democráticas, y por lo tanto a variaciones de actuación política que ocurren en un contexto de estabilidad democrática. Esto no ocurre de ninguna manera en los países periféricos y semiperiféricos que vivieron en los últimos ciento cincuenta años largos períodos de dictadura.⁹⁵ Este hecho refuerza además la pertinencia de la distinción entre diferentes concepciones de la independencia de los jueces hecha en el apartado anterior. Como dije antes, la independencia de origen liberal dominante en el primer período se atribuye a los jueces en la exacta medida en que estos son políticamente neutralizados por una red de dependencias de las que destacamos tres: el principio de la legalidad que lleva a la subsunción lógico-formal limitada al microlitigio; el carácter reactivo de los jueces, que los vuelve dependientes de la demanda de los ciudadanos; y la dependencia presupuestaria y administrativa en relación con el poder ejecutivo y el poder legislativo. Este es el tipo de independencia que domina en los países periféricos y semiperiféricos hasta nuestros días, y quizá solamente hasta ahora esté siendo confrontado con los tipos más avanzados de independencia.

Por esta razón, los regímenes dictatoriales no tuvieron grandes problemas en salvaguardar la independencia de los jueces. Una vez garantizada

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

su neutralidad política, la independencia de los jueces podía servir a los designios de la dictadura.

Así, según Toharia,⁹⁶ el franquismo español no tuvo grandes problemas con el poder judicial. Con el fin de garantizar totalmente su neutralidad política, apartó de los tribunales ordinarios la jurisdicción sobre los crímenes políticos y creó a tal efecto un tribunal especial con jueces políticamente leales al régimen. Lo mismo sucedió en Portugal durante el régimen salazarista. Con idéntico objetivo fueron apartados de los tribunales ordinarios dos áreas de litigio que podían ser fuente de controversia política: las cuestiones laborales, que se atribuyeron a los tribunales de trabajo tutelados por el Ministerio de las Corporaciones, y los crímenes políticos, para los que se creó el Tribunal Plenario con jueces nombrados en función de su lealtad al régimen.

Este patrón de relación entre los regímenes autoritarios y los jueces es muy generalizado y parece ser que ocurre tanto en regímenes autoritarios de larga duración como también en «regímenes de crisis», cuyo autoritarismo supuestamente es de corta duración. Neal Tate analiza tres casos: la declaración de Estado de sitio de Marcos en Filipinas en 1972; la puesta en práctica de poderes de emergencia por parte de Indira Gandhi en la India en 1975; el golpe militar del general Zia UI Haq en Pakistán en 1977.⁹⁷ En todos estos casos, los líderes políticos tuvieron la preocupación de no tocar la independencia de los jueces después de asegurarse el control de las áreas «sensibles».

La independencia de los jueces en la matriz liberal es compatible, pues, con regímenes no democráticos. El control político tiende a ser ejercido mediante la exclusión de los jueces de las áreas de litigio políticamente importantes para la supervivencia del sistema, y por formas de intimidación difusa que crean sistemas de autocensura. El objetivo es reducir la independencia a la imparcialidad del juez ante las partes en litigio y garantizar la lealtad pasiva de los jueces al régimen. Esta estrategia garantiza al poder judicial una supervivencia relativamente disimulada, que sin

96 Toharia, J. J. "Judicial Independence in an Authoritarian Regime". Ghaí, Luckman y Snyder, eds. *The Political Economy of Law: a Third World Reader*. Oxford, OUP, 1987.

97 Tate, C. N. "Courts and Crisis Regimes: A Theory Sketch with Asian Case Studies". *Political Research Quarterly*, 1993, pp. 311-338; y Tate y Haynie, 1993, pp. 707-740.

embargo no le obliga a excederse en manifestaciones de lealtad, siendo esta una de las razones por las cuales cuando los regímenes autoritarios caen, la gran mayoría de los magistrados es confirmada por el nuevo régimen y sigue en funciones.

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

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

En estos países, que pasaron por procesos de transición democrática en las últimas tres décadas, los jueces, de manera muy lenta y fragmentariamente, están asumiendo su corresponsabilidad política en la actuación

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

Sin embargo, esto no significa que en algunos países, a lo largo de la época de los ochenta del siglo pasado, los jueces no hayan empezado a asumir una postura más activa y agresiva en defensa de los derechos. Por ejemplo en Brasil, como cita Faria, algunos jueces, sobre todo los de primera instancia, los que se enfrentan más de cerca con las flagrantes discrepancias entre igualdad formal y justicia social han creado una corriente jurisprudencial basada en la constitucionalidad del derecho ordinario, orientada hacia una tutela más efectiva de los derechos.⁹⁸ Estas corrientes de jurisprudencia, aunque siempre minoritarias, asumen a veces una expresión organizativa, como es el caso en Brasil del movimiento del derecho alternativo, protagonizado por jueces involucrados en el refuerzo de la tutela judicial de los derechos.

Esa tibieza de los jueces en el dominio de la justicia distributiva y de los derechos sociales y económicos se prolonga también en el campo de la lucha contra la corrupción, que, como hemos visto, constituye junto con

98 Faria, J. E. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, 1994a, p. 52.

la tutela de los intereses difusos, sobre todo en las áreas del consumo y del medioambiente, un área privilegiada de protagonismo político y visibilidad social de los jueces en los países centrales. Las causas de esta tibieza son en gran medida las mismas que determinan la tibieza en el campo de la tutela de los derechos. Pero se añaden otras específicas, que tienen que ver sobre todo con la falta de tradición democrática en estos países. Un poder político concentrado, tradicionalmente afirmado en una pequeña clase política de extracción oligárquica, supo crear a lo largo de los años inmunidades jurídicas y fácticas que redundaron en la impunidad general de los crímenes cometidos en el ejercicio de las funciones políticas.⁹⁹ Esta práctica se transformó en la piedra angular de una cultura jurídica autoritaria en la que solo es posible condenar hacia abajo (los crímenes de las clases populares) y nunca hacia arriba (los crímenes de los poderosos). Incluso, los jueces no son vistos por los ciudadanos como los que tienen la responsabilidad de castigar los crímenes de la clase política. Son vistos como parte de esa clase política y tan autoritarios como ella. Curiosamente, sobre todo en América Latina, siempre que se habla de la corrupción relacionada con los jueces no es para hablar de la lucha contra la corrupción por parte de los jueces, sino más bien para hablar sobre la corrupción de los mismos (la venalidad de los jueces y funcionarios).

A pesar de esto, en los últimos años se han multiplicado las señales de una mayor actividad de los jueces en este campo, ya sea para combatir la corrupción dentro del sistema judicial o bien la corrupción de la clase política, y en general el gran crimen organizado. Como vimos, el aumento de la corrupción política y el gran crimen organizado a nivel internacional son las grandes novedades criminales del tercer período analizado anteriormente. Además, el crimen organizado, sobre todo el narcotráfico, tiene vinculaciones más o menos estrechas con la clase política y los militares, y en algunos países latinoamericanos también con los grupos guerrilleros. En estas condiciones es fácil imaginar las dificultades con las que

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

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

Para los países que pasaron en las últimas décadas por una transición democrática, el primer test hecho al sector judicial, en el ámbito de los crímenes cometidos mediante el abuso del poder político, consistió en el enjuiciamiento de los responsables por miles de asesinatos de opositores políticos y por otras graves y crueles violaciones de los derechos humanos, cometidos durante la vigencia de los regímenes dictatoriales. El resultado del test fue negativo para el sector judicial en su mayoría, aunque por razones no siempre imputables a él.¹⁰⁰ En los casos en donde la transición surgió debido a una ruptura entre el régimen autoritario y el democrático, como fue el caso de Portugal, y en cierta medida también el caso de Argentina, la existencia de tribunales especiales (tribunales militares), con jueces todavía leales al régimen depuesto, la falta de voluntad política para llevar a cabo la investigación, la existencia sobreviviente de perdones, la ocurrencia de la prescripción, los acuerdos entre las diferentes fuerzas políticas en el sentido de «borrón y cuenta nueva» sobre el pasado fueron factores que contribuyeron a que los crímenes cometidos durante la dictadura quedaran impunes en general. En el caso de Argentina hubo, al comienzo, una fuerte corriente de opinión pública y de movilización social, en el sentido de reprimir los crímenes de la dictadura. Algo de esto

100 Para el caso argentino, véase Bartolomei, M. M. *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983: An Analysis of the Procedure under ECOSOC Resolution 1503*. Lund, Jurisforlaget i Lund, 1994; y para los demás casos latinoamericanos, véase Stortzky I. P. ed., *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*. Boulder, Westview, 1993.

se dio precisamente al inicio del período democrático, pero, como expone María Luisa Bartolomei, a mediados de la década de los ochenta el presidente Raúl Alfonsín pudo haber negociado el fin de la represión con militares sublevados, a cambio del fin de la revuelta.¹⁰¹

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

Podemos concluir que las trayectorias políticas y sociológicas del sistema judicial en los países periféricos y semiperiféricos son diferentes de las del sistema judicial en los países centrales, aunque haya entre ellas algunos puntos en común. El análisis comparado de los sistemas judiciales es de crucial importancia para comprender cómo, bajo formas organizativas y marcos procesales relativamente semejantes, se esconden prácticas judiciales muy distintas, con distintos significados sociopolíticos sobre la función judicial, así como distintas luchas por la independencia del poder judicial.¹⁰²

IV. Las funciones de los jueces

En las secciones anteriores analicé la evolución histórica del significado sociopolítico de la administración de justicia, presuponiendo para eso un entendimiento amplio y mutante de las funciones de los jueces en la sociedad. Desde el momento en que nos concentramos en el desempeño de los jueces en cuanto punto de encuentro entre la demanda efectiva y la oferta efectiva de protección judicial, las funciones de los jueces pasaron a

101 *Ibid.*, p. 19.

102 Este hecho hace todavía más problemático el intento de someter los sistemas judiciales de distintos países a los mismos modelos institucionales y funcionales.

entenderse de modo más limitado, es decir, los jueces en cuanto mecanismo de solución de litigios. Esta es sin duda una función crucial, tal vez la principal y sobre la que hay más consenso en la sociología judicial; pero no es la única. Al concentrarnos en ella acabamos por privilegiar la justicia civil, ya que es por intermedio de ella como se realiza la función de la solución de litigios. Es necesario hacer una breve referencia a otras funciones de los jueces a fin de poder construir el marco conceptual y teórico adecuado a las actuaciones judiciales que sobrepasan el ámbito civil. Esto es aun más necesario si se tiene en cuenta que las diferentes funciones de la justicia no evolucionaron todas de la misma manera a lo largo de los tres períodos.

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

Las funciones instrumentales de los jueces son las siguientes: solución de los litigios, control social, administración y creación de derecho.

Sobre la solución de litigios ya he dicho lo suficiente. El control social es el conjunto de medidas adoptadas, ya sea mediante la interiorización o mediante coacción en una determinada sociedad para que las acciones individuales no se desvíen de forma significativa del patrón dominante de sociabilidad, designado como orden social. La función de control social de los jueces se refiere a su contribución específica al mantenimiento del orden social y a su recuperación siempre que este es violado. Desde mediados del siglo XIX, coincidiendo con el inicio del período liberal, el triunfo ideológico del individualismo liberal y la exacerbación de los conflictos sociales, como resultado de la revolución industrial y la urbanización, sirvieron para plantear la cuestión central de cómo mantener el

orden social en una sociedad que perdía o destruía rápidamente los fundamentos en que tal orden se había afirmado hasta entonces.

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

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

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

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

funciones administrativas son residuos de la sociedad preliberal en donde las actividades judiciales eran con frecuencia ejercidas en conjunto con las actividades administrativas y por los mismos oficiales del rey.

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

Por lo demás, como ocurre con el conjunto de las funciones judiciales, los tres tipos de funciones instrumentales se influyen de manera natural, se entrecruzan y de hecho ninguna puede entenderse de forma total, separada de las demás. Es sobre todo en la solución de litigios cuando los jueces crean el derecho y también cuando se ejerce la función de control social, mediante la afirmación de una normativa que deja de depender de

la voluntad de las partes, a partir del momento en que estas deciden someterse a ella (siempre que tienen la posibilidad de decidir lo contrario). Pero, por otro lado, la justicia penal contiene siempre una dimensión de solución del litigio no solo entre el acusado y la sociedad sino también entre él y la víctima. En los crímenes particulares esa dimensión es especialmente evidente, a tal punto que la frontera entre justicia civil y penal se vuelve problemática.

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

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

Las funciones políticas de los jueces no se agotan en el control social. La movilización de los jueces por los ciudadanos en los campos civil, laboral,

administrativo, etc., implica siempre la conciencia de derechos y la afirmación de la capacidad para hacer la reivindicación de los mismos, y en ese sentido es una forma de ejercicio de la ciudadanía y de la participación política. Por esta razón las asimetrías sociales, económicas y culturales en la capacidad para movilizar a los jueces plantean interrogantes relativos a la justicia social y simultáneamente a las condiciones del ejercicio de ciudadanía. La visibilidad social y política del acceso, del coste y de la morosidad de la justicia como temas de debate público deriva de la capacidad o incapacidad integradora del sistema político que por ellas se explica.

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

Esta transferencia ha creado en los países centrales una sobrecarga política de la justicia, que si no es bien administrada o no responde de forma adecuada puede acabar por comprometer la propia legitimidad de los jueces. En los países periféricos y semiperiféricos la garantía estuvo, por así decirlo, en crisis desde el comienzo. En este sentido las responsabilidades políticas del sector judicial son menores solo porque es menor la legitimidad del sistema político en su conjunto. La relativa irrelevancia social de los jueces es por ello el otro lado de la distancia del sistema político con relación a los ciudadanos.

La transferencia de compensación de la legitimidad está asumiendo hoy otra forma, tanto en los países centrales como en los semiperiféricos,

y con ella se diseña otra función política de la justicia. Se trata, como ya hemos señalado anteriormente, de la promiscuidad entre el poder económico y el político y de la consecuente criminalización de la política.¹⁰³ En lo que respecta a la transferencia de compensación en el campo de los derechos, esta se basa en el cuestionamiento de la capacidad benefactora del Estado, mientras que la transferencia de compensación en el campo de la corrupción política se basa en el cuestionamiento del sistema de representación política. La función de representación sustitutiva puede de esta manera sobrecargar demasiado la capacidad funcional de la justicia.

Estas últimas funciones políticas de los jueces solo pueden ser mínimamente ejercidas en la medida en que cumplan sus funciones más generales, las funciones simbólicas. Las funciones simbólicas son más amplias que las políticas porque comprometen todo el sistema social. Los sistemas sociales se afirman en prácticas de socialización que fijan valores y orientaciones hacia valores, distribuyendo unos y otros por los diferentes espacios estructurales de las relaciones sociales (familia, producción, mercado, comunidad, ciudadanía, espacio mundial), según las especificidades de estos, fijadas ellas mismas por criterios de especialización funcional socialmente dominantes.¹⁰⁴

Tanto las funciones instrumentales como las funciones políticas.¹⁰⁵ Poseen dimensiones simbólicas que serán más significativas en unos casos que en otros.¹⁰⁶ Por ejemplo, de las funciones instrumentales, la función de control social es la que tiene más fuerte componente simbólico. La justicia

103 Sobre el cambio de los roles de los jueces, véase Domingo P., "Judicial Independence". *Journal of Latin American Studies*, 2000, p. 32. Del mismo autor, "Judicialisation of Politics: The Changing of Political Role of the Judiciary in Mexico". *The Judicialisation of Politics in Latin America*. Sieder Shjolden y Angell, New York, Palgrave-Macmillan, 2005.

104 Sobre los espacios estructurales, véase Boaventura de Sousa Santos. *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. London, New York, Routledge, 1995, pp. 403-455, publicado en castellano en Boaventura de Sousa Santos. *Crítica de la razón indolente: contra el desprecio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003b.

105 Sobre las funciones de los jueces y tribunales desde una perspectiva que busca resguardar y fomentar la inversión privada de los países, véase Buscaglia E. y Ratliff W. "Judicial Reform: The Neglected priority in Latin America". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1997.

106 Sobre el tema más general de la eficacia simbólica del derecho, véase el importante estudio de García-Villegas, 1993. García-Villegas parte de una concepción distinta, y más amplia, de eficacia simbólica.

penal actúa sobre comportamientos que en general se desvían significativamente de valores reconocidos como particularmente importantes para la reproducción normal de una determinada sociedad (los valores de la vida, de la integridad física, del honor, de la propiedad, etc.). Actuando con eficacia en este campo, se produce un efecto de confirmación de los valores violados. Una vez que los derechos de ciudadanía, cuando están interiorizados, tienden a enraizar concepciones de justicia retributiva y distributiva, la garantía de su protección por parte de los jueces tiene en general un poderoso efecto de confirmación simbólica.

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

V. Patrones de litigio y cultura jurídica

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

La primera, que es al fin y al cabo la conclusión más amplia de nuestro análisis hasta el momento, es la de que la lucha por la independencia del sistema y del poder judicial siempre es, a pesar de las infinitas variaciones, una lucha precaria, en la medida en que sucede en el contexto de algunas dependencias poderosas del sistema judicial en relación con el Ejecutivo o

con el Legislativo. Se trata de una lucha con medios limitados contra otros poderes casi siempre hostiles ante una independencia que nunca es completa. En este sentido la independencia solo se convierte en cuestión importante cuando se sobrepasan los límites de la falta de independencia considerados tolerables por las propias magistraturas o por los ciudadanos organizados en partidos, o en otras formas de asociación, interesados en defender la independencia de los jueces.¹⁰⁷

Los intentos de ejercer el control político sobre la actividad judicial suceden por razones semejantes y recurriendo a medios similares: transferencia de ciertas áreas de litigio del ámbito de los juzgados ordinarios a juzgados especiales o a agencias administrativas bajo el control del poder ejecutivo; control sobre la formación, el reclutamiento y la promoción de los jueces; gestión de la dependencia financiera de los jueces. Para evitar este tipo de injerencias se han creado los Consejos de la Judicatura. Estas instituciones buscan que los jueces se autogobiernen y gestionen ellos mismos los recursos. Sin embargo, aunque se ha avanzado en algunos aspectos en la autonomía judicial, estos Consejos dependen presupuestariamente del Ejecutivo. De ahí que su independencia no sea absoluta. Lo que en este ámbito verdaderamente distingue a los países periféricos de los centrales es el hecho de que solo en los primeros los medios de control incluyen la intimidación seria y la propia eliminación física de los jueces.

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

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

los términos de la lucha por la independencia y los del desempeño efectivo, en la medida en que varía de país a país la sensibilidad política sobre el significado del desempeño y de sus variaciones.

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

Como señalé anteriormente, se sabe que el nivel de desarrollo económico y social condiciona la naturaleza del conflicto social e interindividual, la propensión a litigar, el tipo de litigio, y por lo tanto el desempeño de los jueces como expresión del patrón de consumo de la justicia, entendido este como oferta efectiva de tutela judicial ante la demanda efectiva. Estando condicionado por el nivel de desarrollo, el patrón de consumo de la justicia actúa a su vez sobre él, potenciándolo o limitándolo. Añádase que el aumento del desarrollo socioeconómico no implica necesariamente el aumento del litigio en general, sino que puede implicar un aumento en ciertas áreas o tipos de litigio, lo cual entraña una disminución en otras. Por esta triple interacción, el análisis de las relaciones entre el desempeño de los jueces y el nivel de desarrollo socioeconómico es central en toda la sociología judicial.¹⁰⁸

108 Véase, sin embargo, Henckel, H.-J., 1991, quien hace un análisis de la justicia civil brasileña comparándola en cuanto es posible con la alemana, para concluir que no hay diferencias estadísticas significativas entre el desempeño del sistema judicial de un país desarrollado y el de un país subdesarrollado; según él, las diferencias están sobre todo en los factores organizativos (persona, cualificación, salarios, infraestructuras). Se trata de un análisis algo controvertido, en la medida en que las semejanzas pueden ser la traducción de situaciones sociales totalmente distintas. Por ejemplo, el hecho de que en Alemania y en Brasil se esté bajo el amparo judicial tiene diferentes significados. En Brasil supone que más de dos terceras partes de la población están marginadas del acceso a la justicia, mientras que en Alemania el resultado es totalmente opuesto. O sea, el Estado del bienestar sigue funcionando eficazmente y su desempeño no suscita las controversias que llevarían a exigir la intervención de los jueces.

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

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

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

La cultura jurídica empezó a ser discutida a partir de los años sesenta del siglo XX, sobre todo en los Estados Unidos y también en Italia, bajo el impulso de la explosión del litigio que se comenzó a dar entonces en esos países.¹⁰⁹ La idea era que la propensión a litigar es mayor en unas sociedades que en otras y que las variaciones están, en parte por lo menos, ancladas culturalmente, en la medida en que la propensión a litigar no aumenta necesariamente en la misma proporción que el desarrollo económico. Si bien en ciertas sociedades los individuos y las organizaciones muestran una clara preferencia por soluciones de consenso de los litigios o que de todos modos se obtienen fuera del campo judicial, en otras en cambio la opción por litigar se toma con facilidad.¹¹⁰

109 Para la bibliografía relevante en este período, véase Santos. *Pela mão de Alice: O social e político na pós-modernidade*. Porto, Afrontamento, 1994, pp. 141-161, publicado en castellano en Santos, 1998d.

110 Sobre culturas jurídicas, véase por último, Bierbrauer, G. "Toward an Understanding of Legal Culture: Variations in Individualism and Collectivism between Kurds, Lebanese, and Germans". *Law and Society Review*, 1994, 28 (2) pp. 243-264.

Algunos autores, por ejemplo Kritzer,¹¹¹ comparan la propensión a litigar en países culturalmente próximos y hasta con un sistema jurídico semejante —como, por ejemplo, los Estados Unidos e Inglaterra o los Estados Unidos y Canadá— y encuentran diferencias significativas que retrotraen a diferentes culturas jurídicas. Los Estados Unidos fue considerado el país que tenía la más elevada propensión a litigar, configurando una «sociedad litigiosa», como la llamó Lieberman (1981).¹¹²

Este hecho suscitó un debate que se prolongó por toda la década de los ochenta, hasta convertirse, en las elecciones presidenciales estadounidenses de 1992, en el tema de la campaña electoral.¹¹³

Se dieron entonces varias razones que alimentarían tal cultura del litigio, desde la existencia de un número excesivo de abogados al debilitamiento de los lazos comunitarios y de los compromisos de honor en la gestión de la vida colectiva. Según algunos, la propensión a litigar propicia un enorme drenaje de recursos económicos que de otra manera podrían ser destinados a las tareas de desarrollo.¹¹⁴ Otros autores y estudios refutaron estos argumentos y pusieron en duda que hubiese habido una explosión del litigio o que los norteamericanos resultaran particularmente afectados al litigio.¹¹⁵

Blankenburg, por su parte, defendió la idea de que la explosión del litigio, aunque con una dimensión real, había sido inflada por los medios de comunicación social a partir de procesos particularmente notorios, ya fuera por su naturaleza o por la de los que intervinieron en ellos

111 Kritzer H. M. "A Comparative Perspective on Settlement and Bargaining in Personal Injury Cases". *Law and Social Inquiry*, 1989, 14(1), pp. 167-185.

112 Sobre el cuestionamiento del nivel de litigio en la sociedad estadounidense, véase Galanter M., 1983; Trubek *et al.*, 1983.

113 Galanter, M. "News from Nowhere: The Debased Debate on Civil Justice". *Denver University Law Review*, 1993a, 71(1): 77-113; y *The Recoil from Adversary Legalism: The Anti-lawyer Dimension (Mimeo)*. Madison, Institute for Legal Studies, 1993b.

114 Olson (1992) afirma que existe en Estados Unidos una «industria del litigio», responsable en gran parte del aumento del mismo. Una posición opuesta y bien fundada puede leerse en Epp, 1992.

115 Sobre este debate véase Galanter, 1993a y 1993b. Más allá de eso, otros autores han subrayado la continua incidencia de la solución negociada de litigios sin recurso a los jueces en determinadas áreas como, por ejemplo, en el área de los seguros (Ross, 1980) y de responsabilidad civil extracontractual (Genn, 1988). Véase también Brigham, 1993 y Galanter y Cahill, 1994.

(Blankenburg, s.d.). En estos términos, deducir la existencia de la cultura jurídica del litigio a partir de la explosión del mismo era incorrecta en la medida en que, aun concediendo con facilidad que tal explosión existía, la verdad es que la gran mayoría de los litigios continuaba revolviéndose fuera de los juzgados.¹¹⁶

Sin embargo, en un estudio sobre los patrones de litigio en cinco países europeos, todos de tradición jurídica continental, se llegó a la conclusión de que, aunque en todos ellos había habido un aumento del litigio en la década de los setenta, ese aumento varió de país a país y las variaciones no coincidieron con las de los indicadores de desarrollo (Ietswaart, 1990: 57).¹¹⁷

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

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

116 A pesar de eso, las diferencias nacionales ante el litigio son evidentes. El propio Blankenburg (1994b, pp. 780 ss.) muestra ese contraste entre las culturas jurídicas de dos países europeos con niveles de desarrollo semejante, Holanda y Alemania. Véase también Kritzer y Zemans, 1993.

117 Ietswaart, 1990, p. 57.

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

VI. La pirámide del litigio

El concepto de cultura jurídica es útil siempre y cuando esté limitado en sus ambiciones analíticas y explicativas, pues, como vimos, muchos otros factores interfieren en la evolución de los tipos y niveles de litigio. Al referirse a los movimientos más estables, la cultura jurídica es un elemento analítico útil. Aunque el concepto haya sido desarrollado para designar actitudes ante el derecho, los derechos y la justicia, que se traducen en la elevada propensión al litigio, la verdad es que es igualmente legítimo hablar de culturas jurídicas en fuga ante el litigio, o sea, de culturas con una muy baja propensión a litigar. En cualquier caso, la utilidad de este concepto y del indicador que la sustenta (la propensión al litigio) solo es realmente significativa cuando es posible cotejar el conjunto de litigios

judicializables que ocurren en una sociedad determinada, o incluso de las relaciones sociales que los pueden originar. Solo entonces se puede determinar con algún rigor el ámbito de la demanda potencial de la tutela judicial y la fracción de ella que se transforma en demanda efectiva. Esta investigación es muy difícil y muchas veces imposible.

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

Solo a partir de un conocimiento aproximado de la base de la pirámide del litigio es posible definir el perfil de esta. El concepto de pirámide de litigio es utilizado para mostrar, haciendo uso de una metáfora geométrica, el modo como son formadas socialmente las relaciones de litigio en una determinada sociedad. Teniendo en cuenta que las que llegan a los tribunales, y de estas las que llegan a juicio, son la punta de la pirámide, es necesario conocer la trama social que media entre la punta y la base de la pirámide.¹¹⁸

Los litigios son construcciones sociales en la medida en que el mismo patrón de comportamiento puede considerarse litigio, o no, según la sociedad, grupo social o el contexto de interacciones en que sucede.

Como todas las demás construcciones sociales, los litigios son relaciones sociales que emergen y se transforman según dinámicas sociológicamente identificables. La transformación de estas en litigios judiciales es sólo una alternativa entre otras y no es, de ninguna manera, la más probable aunque esa posibilidad varíe de país a país, según el grupo social y

118 Las formas de pluralismo jurídico operan muchas veces en el ámbito de la pirámide de litigios, en la medida que diferentes órdenes jurídicos intervienen en el mismo litigio en diferentes momentos o simultáneamente.

el área de interacción. Además, el propio proceso de aparición del litigio es mucho menos evidente de lo que a primera vista se puede imaginar. El comportamiento lesivo de una norma no es suficiente para que por sí solo pueda desencadenar el litigio. La gran mayoría de los comportamientos de ese tipo sucede sin que los lesionados tengan en cuenta el daño o identifiquen a su causante; sin que tengan conciencia de que tal daño viola una norma, o aun sin que piensen que es posible reaccionar contra el daño o contra el causante. Diferentes grupos sociales tienen percepciones diferentes de las situaciones de litigio y niveles de tolerancia diferentes ante las injusticias en las que se traducen. Por esta razón, niveles bajos de litigio no significan necesariamente una baja incidencia de comportamientos injustamente lesivos.

Son enormes los problemas conceptuales y metodológicos del estudio de las percepciones y evaluaciones de los daños. Personas diferentes con percepciones semejantes de una determinada situación hacen evaluaciones diferentes, y, viceversa, hacen evaluaciones semejantes de situaciones percibidas de manera diferente. Muchos trabajadores tienen dificultad en saber si están enfermos, si la causa de su dolencia está relacionada con el trabajo, si el trabajo causante de la enfermedad viola alguna norma, o si es posible alguna reacción contra eso. Del mismo modo, solo una inspección de los documentos del préstamo haría posible saber si el deudor fue víctima de la usura en caso de que él mismo no se haya dado cuenta de eso. Las personas se exponen a daños y son injustamente lesionadas en muchas más situaciones que aquellas de las que tienen conciencia. Ciertos grupos sociales tienen una capacidad mucho mayor que otros para identificar los daños, evaluar su injusticia y reaccionar contra ella. Mientras más baja es la capacidad de identificación, más difícil se hace evaluar el significado sociológico de la base de la pirámide. Subyacente a las situaciones identificadas como generadoras de litigio puede estar un conjunto mayor o menor de conductas injustamente lesivas, un conjunto en gran medida indeterminado.

Sin embargo, es posible determinar los factores sociales que condicionan la capacidad para tener en cuenta los daños y evaluarlos como tales. Naturalmente, existen factores relacionados con la personalidad, importantes en este ámbito pero que solo operan en conjunto con factores

sociales tales como clase, sexo, nivel de escolaridad, etnia y edad. Los grupos sociales que tienen en estas variables situaciones de mayor vulnerabilidad son también aquellos en los que tiende a ser menor la capacidad para transformar la experiencia de la lesión en litigio.

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

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

El trayecto recorrido hasta aquí es sociológicamente muy importante para determinar el contenido de justicia distributiva de las medidas destinadas a incrementar el acceso a la justicia. Como sabemos, tales medidas buscan disminuir las desigualdades en el uso de la justicia. Sin embargo,

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

El reclamo del lesionado no provoca necesariamente el litigio una vez aquel es rechazado en su totalidad o en parte. Solamente será un litigio si el lesionado no está de acuerdo con el rechazo y decide reaccionar ante el mismo. Puede tener buenas razones para no hacerlo. Por ejemplo, el inconformismo puede incluir el riesgo de poner en peligro de manera global una relación que en otros niveles es benéfica para el lesionado. Esto ocurre sobre todo en el caso de las relaciones multiplexas, es decir, relaciones que unen a los individuos a través de múltiples vínculos (amistad, familia, religión, etnia, negocios).¹¹⁹ Siempre que estos se vean afectados de forma parcial por el comportamiento lesivo, el desencadenamiento del litigio puede tener un efecto de polarización capaz de contribuir al aumento de la dimensión de la lesión antes de que pueda remediarse. El incentivo para «aguantar» en estas condiciones puede ser mucho más grande. Cuanto más desiguales son las posiciones sociales de las partes en litigio, mayor es este incentivo en el caso de que el lesionado sea la parte social inferior. Si el incentivo para tolerar es neutralizado por el impulso inconformista, se desencadena el litigio.

Una vez desencadenado el litigio, su ámbito puede variar enormemente, no solo en función de los factores o variables que comentamos

119 Sobre el concepto de las relaciones multiplexas, véase Boaventura de Sousa Santos. "The Law of the Oppressed. The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada". *Law and Society Review*, 1977, 12, pp. 5-125; también en "Uma Cartografia Simbólica das Representações Sociais: O caso do direito". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 1988, 24, pp. 139-172.

anteriormente, sino también de los objetivos de los litigantes y de los mecanismos que juzgan tener a su disposición para llevar a cabo esos objetivos. Además, como bien observó Aubert, la relación entre objetivos y mecanismos de solución es recíproca: los objetivos influyen en la selección de los mecanismos escogidos, y según los mecanismos se alteran los objetivos.¹²⁰ Los objetivos dependen también de la evaluación que se hace de la lesión y de la injusticia que se constituye. Dicha evaluación tiene mucho que ver con la conciencia de los derechos y, en última instancia, con la cultura jurídica dominante en el grupo de referencia del lesionado. Una elevada conciencia de derechos tiende a ampliar el ámbito de la lesión y, en correspondencia con este, los objetivos de su reparación.

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

No sorprende que, antes de recurrir a los jueces, las partes de un litigio intenten, siempre que sea posible, solucionado con instancias no oficiales más accesibles, más informales, menos distantes culturalmente, y que garanticen un nivel aceptable de eficacia: desde un familiar o vecino

120 Aubert, V. "Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and of Conflict Resolution". 26 *Journal of Conflict Resolution*, 1963: 33; y Santos, *ibíd.*

respetado hasta una organización comunitaria, centro de conciliación, asociación o club disponible; o incluso un profesional, sea este un abogado, un terapeuta, un sacerdote, un asistente social, un médico o un profesor. Todos son potencialmente terceras partes y pueden en efecto funcionar como tales dependiendo de muchos factores. La elección tiene que ver sobre todo con las relaciones existentes entre las partes en litigio, con el área social del litigio, con los niveles de socialización de ambas partes, con mecanismos de solución y con los medios de que disponen para realizar la selección en las mejores condiciones.

Factores económicos, sociales y culturales de distinto orden convergen en la selección de una determinada tercera parte. La selección muchas veces solo es visible a nivel agregado, pues a nivel de las decisiones individuales no existe muchas veces un gran campo para escoger, una vez que el mecanismo utilizado surge como el único disponible o adecuado. Por esta razón, las soluciones sugeridas o decididas por las terceras partes son aceptadas de una manera general, aunque no dispongan de ningún medio formal para imponer sus decisiones. El acatamiento de la decisión puede surgir de consideraciones de oportunidad y del cálculo de los costes, en el caso de no ser acatada, pero muchas veces tiene su origen en la propia autoridad que decide.¹²¹

Las distinciones posibles entre las terceras partes son muchas. En cuanto a los poderes de decisión se distinguen tres tipos principales de solución de los litigios por tercera parte, mediación, arbitraje y adjudicación. De manera ideal, en la mediación la tercera parte no decide y ni siquiera propone una decisión *motu proprio*, limitándose a aproximar progresivamente las posiciones de las partes en litigio hasta reducir a cero la contradicción o la diferencia entre ellas. Al contrario, en el arbitraje la tercera parte es designada por las partes para emitir una decisión vinculante sobre las pretensiones de las partes y tal como estas la formularon. En la adjudicación la decisión vinculable no surge del mandato de las partes, sino del orden jurídico al que están sujetas.

121 Sobre los mecanismos de solución de litigios en las llamadas favelas de Río, véase, entre otros, Santos, 1977; y Junqueira y Rodrigues.

En relación con el estilo decisivo, y en articulación con los poderes de quien decide se suele distinguir entre decisiones mínimas y de suma cero.¹²² Las primeras buscan maximizar el compromiso entre las pretensiones opuestas, de modo que la distancia entre quien gana y quien pierde sea mínima y, si es posible, nula. Las decisiones de suma cero, o decisiones de adjudicación, son aquellas que maximizan la distinción y la distancia entre la pretensión acogida y la rechazada y, por lo tanto, entre quien gana y quien pierde.

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

El predominio de uno o de otro tipo de mecanismos de solución varía de país a país, pero tiene siempre mucho que ver con los tipos dominantes de relaciones sociales (relaciones complejas más o menos duraderas, más o menos profundas, etc.) y de cultura jurídica. Una vez sometido a un mecanismo determinado de solución, cualquiera que sea su tipo, el litigio es transformado por los poderes, estilos y recursos normativos del mecanismo antes de ser solucionado de manera eventual por él. El familiar, el terapeuta, el vecino, la asociación, la iglesia, cada uno de ellos a su manera, reformula, expande o contrae el litigio a medida que se informa

122 Sobre este tema, véase, en especial, Nader, 1990; también, Gulliver, 1979.

sobre él, a fin de adecuarlo al tipo de soluciones que puede, de manera creíble, emitir a la luz de sus poderes, estilos y recursos normativos.¹²³ La solución del litigio puede darse y ser aceptada, caso en el cual la trayectoria del litigio llega a su fin. Y lo mismo ocurre si la parte lesionada se resigna ante la ausencia de solución o ante una solución que, a pesar de ini-cua, siente que no puede rechazar.

Si ninguna de estas situaciones se da, el mecanismo de solución habrá fracasado en sus propósitos y la trayectoria del litigio prosigue, y con un nivel de polarización eventualmente todavía más elevado. Y puede seguir, ya sea para someterse a otros mecanismos de solución informal o extraoficial, ya para someterse a los jueces. En el primer caso, el análisis seguirá los pasos que acabamos de dar. En el segundo caso entramos en el ámbito de la judicialización oficial del litigio. El recurso a la justicia en cuanto instancia privilegiada y especializada de solución de litigios en las sociedades contemporáneas se da así en un campo de alternativas variadas de solución y de tal modo que el juzgado de primera instancia, llamado a solucionar el litigio, es sociológicamente casi siempre una instancia de recurso, es decir, es accionado después de haber fracasado otros mecanismos informales utilizados en un primer intento de solución. Este hecho es crucial para entender el desempeño judicial, en la medida en que se muestra que este no sucede en un vacío social, ni significa el punto cero de la solución del litigio a resolver.

La intervención del juez es sin duda un momento crucial en la historia de la vida de un litigio, pero de ninguna manera agota la comprensión de este en toda su riqueza y dimensión. Por otro lado, el significado sociopolítico del desempeño judicial no puede ser el mismo en un país donde abundan y son eficaces los mecanismos informales de solución de litigios que en otro donde esto no sucede. Otro tanto se puede decir, dentro del mismo país, de las diferentes áreas de práctica social, algunas con vastos recursos de solución informal y otras con ninguno. Así, por ejemplo, tales recursos son en principio más vastos en la familia que en la fábrica y en esta más vastos que en la práctica criminal. Pero, como ya afirmamos, los

123 Sobre los procesos de transformación de los litigios, véase Felstiner, Abel y Sarat, 1980, p. 81; Pastor, 1993, pp. 113 ss., y Blankenburg, 1994a, pp. 691 y ss.

recursos de solución de litigios de una determinada sociedad deben ser vistos en su conjunto y en el conjunto de sus múltiples interacciones cruzadas. A modo de ilustración, la falta de acceso a la justicia, su pobre desempeño o su irrelevancia en la sociedad pueden deberse en parte a la abundante existencia de mecanismos informales, accesibles y eficaces en esa sociedad, como resultado del dominio de una cultura jurídica de fuga al litigio judicial. Pero, por otro lado, la existencia de tales mecanismos alternativos, lejos de resultar de una preferencia cultural, puede ser solo el fruto de una solución de segunda categoría, en función de la inaccesibilidad de los tribunales.

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

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

La transformación judicial a que se somete el litigio realmente empieza cuando se consulta al abogado y se contratan sus servicios. Ahí puede verse cómo la transformación judicial crea nuevas alternativas de solución, algunas de las cuales tienen un fuerte componente extrajudicial. Por ejemplo, es posible que el abogado se transforme él mismo en un mecanismo de solución del litigio buscando, por ejemplo, el acuerdo entre las partes. Si esto no ocurre o no tiene éxito, el juez interviene, pero su intervención solo asume el máximo de intensidad cuando el litigio sigue hasta

el juicio, donde es resuelto. En muchas situaciones tal hecho no ocurre porque las partes desisten o llegan a un acuerdo, promovido o no por el propio juez. En algunos casos tal promoción es obligatoria. En la mayoría de ellos se trata de una estrategia que ha venido a ser cada vez más utilizada por los jueces con el objetivo de aliviar la sobrecarga de trabajo o el bloqueo del juzgado. Galanter y otros han llamado la atención acerca del papel de mediador y de árbitro que el juez asume últimamente y que ejerce al margen de las normas procesales que supuestamente deben regular su actuación.¹²⁴ Muchas veces, esta actividad de mediar está en contra de los deseos de las partes, pero otras veces es sugerida por el juez con una dosis mayor o menor de imposición.

En realidad, la punta de la pirámide está constituida por los litigios que son solucionados por enjuiciamiento (Figura 1), dejando de lado el diminuto porcentaje de los litigios que solo son resueltos en la instancia de recurso. Esta punta varía de sociedad a sociedad. Reglas procesales y culturas jurídicas, judiciales y de abogacía diferentes hacen que sea diferente de sociedad a sociedad el porcentaje de acciones que son decididas por enjuiciamiento. Existen sistemas judiciales que incentivan y otros que desestiman los enjuiciamientos, y, en cualquiera de los casos, pueden hacerla, como ya sugerimos, por medios formales o informales, oficiales o no.

124 Galanter. *The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases*. Madison, University of Wisconsin-Madison, Law School, Working Paper; también 1984, "...A settlement, not a trial judge: Judicial mediation in the United States". Shetreet, ed. *The Role of Courts in Society*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, pp. 295-318; y K. F. Rohl, *The Judge as a Mediator*. Madison, University of Wisconsin – Madison Law School, Working Paper, n.º 9, 1983.



Figura 1. Pirámide de los litigios y su solución

VII. Conclusión

En este texto intento, desde dos perspectivas diferentes, determinar el lugar de los tribunales en la sociedad y el Estado modernos y su evolución en las diferentes fases del desarrollo capitalista. La contribución de los tribunales a la legitimación del Estado moderno ha sido siempre compleja —teniendo presentes las diferentes funciones de los tribunales: instrumentales, políticas y simbólicas— y problemática, en la medida en que la propia legitimidad de los tribunales es cuestionada cuando la actividad judicial colisiona con la de los otros órganos soberanos. A pesar de que la situación es muy distinta en los países centrales, periféricos y semiperiféricos, hoy por hoy asistimos a un incremento del protagonismo político de los tribunales. La judicialización de la política está produciendo la politización de los tribunales. Los factores globales interactúan con condiciones que varían de país en país y de los cuales distingo dos: la cultura jurídica dominante y el lugar específico de los tribunales en el paisaje mucho más amplio de los mecanismos de resolución de litigios, formales e informales, oficiales y no oficiales, existentes en la sociedad. Este lugar es muy distinto en los países centrales y en los países periféricos.

Bibliografía

- Afkhami, M., ed. *Faith and Freedom: Women's Human Rights in the Muslim World*. Syracuse, Syracuse UP, 1995.
- Al Faruqi, I. R. "Islam and Human Rights". *The Islamic Quarterly*, 27(1), 1983.
- An-Na'im, A. *Toward an Islamic Reformation*, Syracuse: Syracuse UP, 1990.
- _____, ed. *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992.
- _____. "Human Rights and Islamic Identity in France and Uzbekistan: Mediation of the Local and Global". *Human Rights Quarterly*, 22(4), 2000.
- Andrés Ibáñez, P. "Jueces y Administración de Justicia: un Panorama de la Cuestión Judicial Española". Eds. R. Bergalli y E. Mari, 1989.
- _____, ed. *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta, 1996.
- _____. "Derecho y justicia en el siglo XXI: Más difícil todavía". *Jueces para la democracia*, 48, 2003.
- Anner, M. "Local and Transnational Campaigns to End Sweatshop Labor". Eds. Gordon y Turner, 2000.
- Arango, R. *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Legis, 2005.
- Arendt, H. *The Origins of Totalitarianism*. New York, Harcourt Brace. [Los orígenes del totalitarismo. Madrid, Alianza, 2006].
- Bartolomei, M. L. *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983: An Analysis of the Procedure under ECOSOC Resolution 1503*, Lund, Juristforlaget i Lund, 1994.
- Beck, U. *World Risk Society*. London, Blackwell, 1999. [La sociedad del riesgo global. Madrid, Siglo XXI, 2006.]
- _____. *The Brave New World of Work*, 2000. London: Blackwell. [Un nuevo mundo feliz, Barcelona, Paidós, 2007.]
- _____. Giddens, A. y Lash, S. *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*. Cambridge, Polity, 1994.

- Bernal, M. *Black Athena: The Afroasiatic Roots of Classical Civilization*, vol. 1: The Fabrication of Ancient Greece, 1785-1885. London, Free Association Books, 1987.
- Bhargava, R., ed. *Secularism and Its Critics*. New Delhi, OUP, 1998.
- _____. Bagchi, A. y Sudarshan, R., eds. *Multiculturalism, Liberalism and Democracy*. New Delhi, 1999.
- Bhowmik, S. *As cooperativas e a emancipação dos marginalizados: estudos de caso de duas ciudades na India*. Ed. Santos, 2003b.
- Bierbrauer, G. "Toward an Understanding of Legal Culture: Variations in Individualism and Collectivism between Kurds, Lebanese, and Germans". *Law and Society Review*, 28(2), 1994.
- Blankenburg, E. "The Poverty of Evolutionism. A Critique of Teubner's Case for 'Reflexive Law'". *Law and Society Review*, 18, 1984.
- _____. "La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la Justice". *Droit et Société*, 29, 1994a.
- _____. "The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behavior in The Netherlands and West Germany". *Law and Society Review*, 28(4), 1994b.
- _____. *Legal Cultures Compared* (Manuscrito). Oñati, Instituto Internacional de Sociología del Derecho, s.d.
- _____. "Changes in Political Regimes and Continuity of the Rule of Law in Germany". *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*. Ed. Jacob. New Haven, Yale, UP, 1996.
- Brigham, J. "Order without Lawyers: Ellickson on How Neighbors Settle Disputes". *Law and Society Review*, 27(3), 1993.
- Breckenridge, C. Pollock, S., Bhabha, H. y Chakrabarty, D., eds. *Cosmopolitanism*. Durham, Duke UP, 2002.
- Brush, S. B. y Stablinsky, D., eds. *Valuing Local Knowledge: Indigenous Peoples and Intellectual Property Rights*, Washington, DC, Island, 1996.
- Buscaglia, E. y Ratliff, W., "Judicial Reform: The Neglected priority in Latin America". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1997.
- Button, K. y Swann, D., *The Age of Regulatory Reform*. Oxford, Clarendon, 1989.

- Caldeira, T. *City of Walls. Crime, Segregation and Citizenship in São Paulo*. Berkeley, University of California Press, 2000.
- Campilongo, C. F. "O judiciário e a democracia no Brasil". *Revista USP* 21, 1994.
- _____. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo, Max Limonad, 2000a.
- _____. *Direito e Democracia*. São Paulo, Max Limonad, 2000b.
- _____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo, Max Limonad, 2002.
- Cappelletti, M. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford, Clarendon, 1991.
- _____. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999.
- Carvalho, H. M. de. "A emancipação do movimento no movimento de emancipação social continuada (resposta a Zander Navarro)". Ed. Santos, 2003b.
- Cassese, A., ed. *UN Law Fundamental Rights: Two Topics in International Law*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Sijthoff and Noordhoff, 1979.
- _____. "Political Self-Determination - Old Concepts and New Developments". Ed. Cassese, 1979.
- _____. *Human Rights and the European Community. The Substantive Law*. Baden-Baden, Nomos, 1991.
- _____. "What Are Our Rights?". European Union, *The Human Rights Challenge*, vol. II. Baden-Baden, Nomos, 1992.
- _____. Clapham, A. y Weiler, J., eds., *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*. Baden-Baden, Nomos, 1991.
- Ceceña, A. E. "De cómo se construye la esperanza". *Chiapas*, 6: 1998.
- _____. "La resistencia como espacio de construcción del nuevo mundo". *Chiapas*, 7, 1999.
- _____. "Por la humanidad y contra el neoliberalismo. Líneas centrales del discurso zapatista". *Observatorio Social de América Latina*, 3: 2001.
- Clavijo, S. Fallos y fallas de la Corte Constitucional. Bogotá, Alfaomega, 2001.

- Coelho, J. P. B. "Estado, comunidades e calamidades naturais no Moçambique rural". Ed. Santos, 2004b.
- Coetzee, P. H. y Roux, A. P. J. *The African Philosophy Reader: A Text With Readings*. New York, Routledge, 2003.
- Compa, L. y Diamond, S., eds. *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996.
- Correa, C. M. *Intellectual Property Rights. The WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*. London, Zed Books, 2000.
- Cunha, M. C. "Custom Is Not a Thing. It is a Path: Reflections on the Brazilian Indian Case". Ed. An-na'im, 1992.
- Damáška, M. R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven, Yale UP, 1986.
- Debray, R. *Strategy for Revolution*. New York, Monthly Review Press, 1967.
- Dehousse, R. et al. *Europe after 1992: New Regulatory Strategies*. European University Institute, Working Paper Law, 92/31, 1992.
- Del Frate, A. A. y Pasqua, G., eds. *Responding to the Challenges of Corruption: Acts of the International Conference*. Milano, 19-20 November 1999, Roma, UNICRI, 2000.
- De Soto, H. *The Other Path. The Invisible Revolution in the Third World*. New York, Harper and Row, 1989.
- Dicey, A. V. *Law and Public Opinion in England*. London, Macmillan, 1948.
- _____. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca, Cornell UP, 1989.
- _____. "Human Rights in the New World Order". *World Policy Journal*, 1992.
- Diemer, A. et al. *Philosophical Foundations of Human Rights*. Paris, Unesco, 1986.
- Domingo, P. "Judicial Independence". *Journal of Latin American Studies*, 32, 2000.
- _____. "Judicialisation of Politics: The Changing of Political Role of the Judiciary in Mexico". *The Judicialisation of Politics in Latin America*. Sieder, Schjolden y Angell. New York, Palgrave-Macmillan, 2005.

- Donnelly, J. "The 'Right to Development'. How not to Link Rights and development". Eds. Welch Jr. y Meitzer, 1984.
- Dworkin, R. *Law's Empire*, Cambridge, MA, HUP, 1986.
- Dwyer, K. *Arab Voices. The Human Rights Debate in the Middle East*, 1991.
- Epp, C. R. *Do Lawyers Impair Economic Growth?* Madison, Institute for Legal Studies, Working Paper DPRP, 1992.
- Escobar, A. *Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World*. Princeton, PUP, 1995.
- _____. "Other Worlds are Already Possible: Self-Organization, Complexity and post-Capitalist Cultures". Eds. Sen, Anand, Escobar y Waterman, 2004.
- _____. y Pardo, M. "Movimentos sociais e biodiversidade no Pacífico Colombiano". Ed. Santos, 2004b.
- Faria, J. E. *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo, Ática, 1989.
- _____. "Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais". São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1991.
- _____. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, 1994a.
- _____. "Os desafios do Judiciário". *Revista USP*, 21, 1994b.
- _____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 1999.
- Farjat, G., ed. "Réflexions sur les codes de conduite privés en Fouchard", 1982.
- _____. "L'importance d'une analyse substantielle en droit économique". *Revue Internationale de Droit Economique*, n.º 0, 1986.
- Felstiner, W. L. F., Abel, R. L. y Sarat, A. "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming..." *Law and Society Review* 15(3-4): 631-654, 1980-1981.
- Ferraz Jr., T. S. "O judiciário frente à divisão de poderes: um principio em decadencia?". *Revista USP*, 21, 1994.
- Fitzpatrick, P. "Law, Plurality and Underdevelopment". Ed. Sugarman, 1983.
- _____. *Modernism and the Grounds of Law*. Cambridge, CUP, 2001.
- Flórez-Alonso, M. *Conflicto entre comercio global y biodiversidad (contribuciones de Isaac Rojas y Gaia/GRAIN)*, Fundación Gaia/GRAIN, 6, 2001.

- _____. "Protección do conhecimento tradicional?" Ed. Santos, 2004b.
- Foucault, M. *La volonté de savoir*. Paris, Gallimard, 1976. [*Historia de la sexualidad I: La voluntad de saber*. Madrid, Siglo XXI, 1998].
- _____. *Discipline and Punish: the Birth of the Prison*. New York, Pantheon, 1977. [*Vigilar y castigar*. Madrid, Siglo XXI, 1994].
- _____. *Power and Knowledge*. New York, Pantheon, 1980.
- Fourier, C. *Théorie des quatre mouvements et des destinées générales*. Paris, Jean-Jacques Pauvert, 1967.
- Francis, J. *The Politics of Regulation*. London, Blackwell, 1993.
- Fung, A., O'Rourke, D. y Sabel, C. *Can We Put an End to Sweatshops?* Boston, Beacon, 2001.
- Galanter, M. "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States". *Wisconsin Law Review*, 1974.
- Galtung, J. "Western Civilization: Anatomy and Pathology". *Alternatives*, 7, 1981.
- García-Villegas, M. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá, Uniandes, 1993.
- _____. "Constitutional Values and Political Needs. Social Rights and Politics in the Colombian Constitutionalism". Ponencia presentada en la Reunión Anual de *Law and Society*. Glasgow, 1996.
- _____. "Symbolic without symbolic violence?" *Florida Law Review*, 55(1), 2003.
- _____. y Rodríguez-Garavito, C. "La acción de tutela en Colombia". Eds. Santos y García-Villegas, 2001.
- _____. y Rodríguez-Garavito, C. *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, ILSA, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- _____. Rodríguez-Garavito y R. Uprimny. *¿Justicia para todos?* Bogotá, Norma, 2006.
- Ghai, Y. "The Role of Law in the Transition of Societies. The African Experience". *Journal of African Law*, 1991.
- _____. *Asian Perspectives on Human Rights*. Hong Kong, Law School, University of Hong Kong, 1993a.
- _____. *The Rule of Law and Capitalism Reflections on the Basic Law*. Paper presented at the Workshop on Globalization and the Future of Law in China, Madison, Global Studies Research Program, October 1-2, 1993b.

- Giddens, A. *Central Problems in Social Theory*. London, Macmillan, 1979.
- _____. *A Contemporary Critique of Historical Materialism*. Berkeley, University of California Press, 1981.
- _____. *The Constitution of Society*. Cambridge, Polity, 1984.
- _____. *Sociology*. Oxford, Polity, 1990.
- _____. *The Consequences of Modernity*. Oxford, Polity, 1991a. [Consecuencias de la modernidad. Madrid, Alianza, 1997.]
- _____. *Modernity and Self-Identity*. Cambridge, Polity, 1991b. [Modernidad e identidad del yo. Barcelona, Península, 1997.]
- _____. *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*. Cambridge, Polity. [La tercera vía: la renovación de la socialdemocracia. Madrid, Taurus, 2003].
- Giddens, A. y Lash, S. *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*. Cambridge, Polity, 1994.
- Gilroy, P. *The Black Atlantic. Modernity and Double Consciousness*. Cambridge, MA, HUP, 1993.
- Gordon, M. E. y Turner, L., eds. *Transnational Cooperation among Labor Unions*. Ithaca, Cornell UP, 2000.
- Gulliver, E. *Disputes and Negotiations: A Cross-cultural Perspective*. New York, Academic, 1979.
- Gutiérrez, F. y Jaramillo, A.M.^a “Pactos paradoxais”. Ed. Santos, 2004a.
- Haken, H. *Synergetics: An Introduction*. Heidelberg, Springer, 1977.
- Hakovirta, H. “The Global Refugee Problem: A Model and Its Application”. *International Political Science Review*, 14, 1993.
- Hall, M. y Young, T. “Recent constitutional developments in Mozambique”. *Journal of African Law*, 35, 1991.
- Hall, S. “Who Needs Identity?” Eds. Hall y du Gay, 1996a.
- Hart, H. *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon, 1961.
- Hassan, R. “On Human Rights and the Qur’anic Perspective”. *Journal of Ecumenical Studies*, 19(3), 1982.
- _____. “Religious Human Rights and The Qur’an”. Eds. Witte y van der Vyver. *Religious Human Rights in Global Perspective: Religious Perspectives*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1996.
- Heller, A. *The Theory of Need in Marx*. London, Allison Busby, 1976.
- _____. “A Theory of Needs Revisited”. *Thesis Eleven*, 35, 1993.

- Henckel, H. J. *Zivilproceß und Justizalternative in Brasilien*. Frankfurt, Peter Lang, 1991.
- Henkin, A., ed. *Human Dignity. The Internationalization of Human Rights*. New York, Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979.
- Hirschl, R. *Towards Juristocracy. The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Harvard UP, 2004.
- Hirschman, A. *The Passions and the Interests*. Princeton, Princeton UP, 1977.
- Holland, K. M., ed. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York, St. Martin's Press, 1991.
- Holloway, J. y Peláez, E., eds. *Zapatista! Reinventing Revolution in México*. London, Pluto, 1998.
- Horton, R. *Patterns of Thought in Africa and the West: Essays on Magic, Religion and Science*. Cambridge, CUP, 1993.
- _____. *et al. La pensée métisse*. Paris, PUF, 1990.
- Hountondji, P. J., ed. *African Philosophy: Myth and Reality*. Bloomington, Indiana UP, 1983.
- _____, ed. *Les savoirs endogènes: Pistes pour une recherche*. Paris, Karthala, 1994.
- _____. *Struggle For Meaning: Reflections on Philosophy, Culture and Democracy in Africa*. Athens: Ohio UP, 2002.
- Inada, K. K. "A Buddhist Response to the Nature of Human Rights". Eds. Welch Jr. y Leary, 1990.
- Ietswaart, H. F. P. "The International Comparison of Court Caseloads: The experience of the European Working Group". *Law and Society Review*, 1990.
- Islam, R. *Institutional Reform and the Judiciary: ¿Which Way Forward?* Washington, World Bank, 2003.
- Jameson, F. "Postmodernism, or the Cultural Logic of Late Capitalism". *New Left Review*, 146, 1984.
- Jonas, H. *Das Prinzip Verantwortung*, ed., Frankfurt a.M.: Insel, 1985 5ª [El principio de responsabilidad. Barcelona, Herder, 1995].
- Junqueira, E. y Rodrigues, J. A. "Pasagrada Revisitada". *Sociologia Problemas e Práticas*, 12, 1992.
- Kalmanovitz, S. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá, Norma, 2001.

- Kahn, Paul. *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*. Chicago, Chicago UP, 2000.
- Kennedy, D. *A Critique of Adjudication*. Cambridge, MA, Harvard UP, 1997.
- Kennedy, P. *Preparing for the Twenty-First Century*. New York, Random House, 1993.
- Klug, H. "Constitutionalism, Democratization and Constitution-making for a New South Africa". LL.M. dissertation, University of Wisconsin - Madison Law School, 1996.
- _____. *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*. New York, CUP, 2000a.
- _____. "Accidental Outcomes? The Contradictory Impact of Multiple Spheres of Politics on the Definition of Global Rules". Paper presented at the Law and Society Association 2000 Annual Meeting. Miami, 2000b.
- _____. "From Floor to Ceiling? South Africa, Brazil, and the Impact of the HIV/AIDS Crisis on the Interpretations of TRIPS". *Socio-Legal Newsletter*, 34, 2001a.
- _____. "WTO Puts Public Health Before Patents - but...". *Socio-Legal Newsletter*, 35, 2001b.
- _____. "Access to Health Care: Judging Implementation in the Context of AIDS". *South African Journal on Human Rights*, 18(1), 2002.
- _____. "Comunidade, propriedade e garantias na África do Sul rural: oportunidades emancipatórias ou estratégias de sobrevivência marginalizadas?" Ed. Santos, 2003b.
- Kothari, A. (1999) "Biodiversity and Intellectual Property Rights: Can the Two Co-Exist?" Linkages 4(2). Internet: <http://www.iisd.ca/linkages/journal/kothari.html>. Acesso: 6 junio 2002.
- Kritzer, H. M. "A Comparative Perspective on Settlement and Bargaining in Personal Injury Cases". *Law and Social Inquiry*, 14(1), 1989.
- Kritzer, H. M. y Zemans, F. K. "Local Legal Culture and Control of Litigation". *Law and Society Review*, 27(3), 1993.
- Larson, J. E. "Informality, Illegality, and Inequality". *Yale Law and Policy Review*, 20, 2002.

- Lash, S. y Urry, J. *Economics of Signs and Space*. London, Sage, 1996.
- Leibniz, G. W. *Theodicy: Essays on the Goodness of God, the Freedom of Man, and the Origin of Evil*. La Salle, Open Court, 1985.
- Leites, J. "Modernist Jurisprudence as a Vehicle for Gender Role Reform in the Islamic World". *Columbia Human Rights Law Review*, 22, 1991.
- Lieberman, J. K. *The Litigious Society*. New York, Basic Books, 1981.
- Levitsky, S. R. "Narrow, But Not Straight: Professionalized Rights Strategies in the Chicago GLBT Movement". Thesis (MS) in Sociology. Madison, University of Wisconsin, 2001.
- Lopes, J. M. de A. "O dorso da cidade': os sem-terra e a concepção de uma outra cidade". Ed. Santos, 2003b.
- López, D. *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá, Legis, 2004.
- Martin, G. "Direito do ambiente e danos ecológicos". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 31, 1991.
- Mayer, A. E. *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*. Boulder, Westview, 1991.
- Meneses, M.^a P. G. et al. "As Autoridades Tradicionais no Contexto do Pluralismo Jurídico". Eds. Santos y Trindade, vol. II, 2003.
- _____. "Toward Inter-legality? Traditional Healers and the Law in Post-Colonial Mozambique". *Beyond Law*, 27, 2004a.
- _____. "Quando nao há problemas, estamos de boa saúde, sem azar nem nada': para uma concepção emancipatória da saúde e das medicinas". Ed. Santos, 2004b.
- _____. "Towards Interlegality? Traditional Healers and the Law". Eds. Santos, Trindade y Meneses, 2006.
- Mignolo, W. *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges and Border Thinking*. Princeton, Princeton UP, 2000. [*Historias locales, diseños globales: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento de frontera*. Tres Cantos, Akal, 2003.]
- _____. "The Many Faces of Cosmo-Polis: Border Thinking and Critical Cosmopolitanism". *Breckenridge*. Eds. Pollock; Bhabha, y Chakrabarty, 2002a.
- _____. "The Geopolitics of Knowledge and the Colonial Difference". *The South Atlantic Quarterly*, 101, 2002b.
- Mitra, K. "Human Rights in Hinduism". *Journal of Ecumenical Studies*, 19(3), 1982.

- Moody, K. *Workers in a Lean World: Unions in the International Economy*. New York, Verso, 1997.
- Moosa, E. "The Dilemma of Islamic Rights Schemes". *Worlds and Knowledges Otherwise Fall*, 2004.
- Mutua, M. "The Ideology of Human Rights". *Virginia Journal of International Law*, 36, 1996.
- _____. "Savages, Victims, and Saviors: the Metaphor of Human Rights". *Harvard International Law Journal*, 42(1), 2001.
- Nader, L., ed. *Law in Culture and Society*. Chicago, Aldine, 1969.
- _____. *Harmony Ideology: Justice and Control in a Mountain Zapotec Town*. Stanford, Stanford UP, 1990.
- _____. *The Life of Law: Anthropological Projects*. Berkeley, University of California Press, 2002.
- Nandy, A. "Cultural Frames for Social Transformation: A Credo". *Alternatives*, XII, 1987a.
- _____. *Traditions, Tyranny and Utopias. Essays in the Politics of Awareness*. Oxford, OUP, 1987b.
- _____. "The Politics of Secularism and the Recovery of Religious Tolerance". *Alternatives*, XIII, 1988.
- _____. "Plural Worlds, Multiple Selves: Ashis Nandy and the Post-Columbian Future". *Emergences*, 1996.
- Navarro, Z. "Mobilização sem emancipação' - as lutas sociais dos sem-terra no Brasil». Ed. Santos, 2003b.
- Obiora, L. A. "Bridges and Barricades: Rethinking Polemics and Intransigence in the Campaign against Female Circumcision". *Case Western Reserve Law Review*, 47, 1997.
- _____. "The Utopia of the Zero-Option: Modernity and Modernization as Normative Political Criteria". *Praxis International*, 7, 1987.
- Offe, C. *Disorganized Capitalism*. Oxford, Polity, 1985.
- Oladipo, O. "Towards a Philosophical Study of African Culture: A Critique of Traditionalism". *Quest*, 3(2), 1989.
- Olson, W. *The Litigation Explosion. What Happened when America Unleashed the Lawsuit*. New York, Plume, 1992.
- Oruka, H. O. "Cultural Fundamentals in Philosophy". *Quest*, 4(2), 1990a.

- _____. "Sage-Philosophy: The Basic Questions and Methodology". Ed. Oruka. *Sage Philosophy: Indigenous Thinkers and Modern Debate on African Philosophy*. Leiden, Brill, 1990b.
- _____. "Grundlegende Fragen der Afrikanischen 'Sage-Philosophy'". *Vier Fragen zur Philosophie in Afrika, Asien und Lateinamerika*. Ed. Wimmer. Wien, Passagen, 1998.
- Palacio, G. "Servicios legales y relaciones capitalistas: un ensayo sobre los servicios jurídicos populares y la práctica legal crítica". *El Otro Derecho*, 3, 1989.
- Palacio, G., Rodríguez-Garavito, C. y Uprimny, R., eds. *¿Justicia para todos?* Bogotá, Norma, 2006.
- Panikkar, R. "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?" *V Cahier*, 81, 1984
- _____. "Qui a peur de perdre son identité l'a déjà perdue?" *Le Monde*, 2 de abril, 13, 1996.
- Pantham, T. "On Modernity, Rationality and Morality: Habermas and Gandhi". *The Indian Journal of Social Science*, 1(2), 1988.
- Paoli, M. C. "Os direitos do trabalho e a sua justica". *Revista USP*, 2(1), 1994.
- Pastor, S. *Ah de la justicia: política judicial y economía*. Madrid, Civitas, 1993.
- _____. "La reforma de la justicia peruana". Ponencia presentada en el Seminario sobre Reforma Judicial. Oñati: Instituto Internacional de Sociología del Derecho, 1998.
- Pepino, L. y Rossi, N., eds. *Democrazia in Crisi e Senso della Giurisdizione*. Milano, Franco Angeli, 1993.
- Pieterse, J. N. *Empire and Emancipation. Power and Liberation on a World Scale*. London, Pluto, 1989.
- Pirovano, A. *Changement social et droit négocié*. Paris, Economica, 1988.
- Pollis, A. "Liberal, Socialist and Third World Perspectives of Human Rights". Eds. Schwab y Pollis, 1982.
- Pollis, A. y Schwab, P. "Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability". Eds. Pollis y Schwab, 1979.
- _____. y Schwab, P., eds. *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*. New York, Prager, 1979.

- Posey, D. A., ed. *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*. London, Intermediate Technology, 1999.
- Pratt, M. L. *Imperial Eyes: Travel Writing and Transculturation*. New York, Routledge, 1992.
- Prigogine, I. *From Being to Becoming*. San Francisco, Freeman, 1980.
- _____. *The End of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature*. New York: Free Press, 1997. [*El fin de las certidumbres*, Madrid, Taurus, 1996].
- Procee, H. "Beyond Universalism and Relativism". *Quest*, 6(1), 1992.
- Rajagopal, B. *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*. Cambridge, CUP, 2004.
- Ramadan, T. *Islam, the West and the Challenges of Modernity*. Leicester: The Islamic Foundation, 2000.
- _____. *Globalization Muslim Resistances*. Geneva/Oxford, Tawhid/OUP, 2003.
- Ramose, M. B. "African Democratic Traditions: Oneness, Consensus and Openness". *Quest*, VI, 1992.
- Renteln, A. D. *International Human Rights. Universalism Versus Relativism*. Newbury Park, Sage, 1990.
- Rodríguez-Garavito, C. A. "Globalization, Judicial Reform and the Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development". *Beyond Law*, 7(23), 2001a.
- _____. "La Justicia Civil", vol. I. Eds. Santos y García-Villegas, 2001b.
- _____. "La Justicia Laboral", vol. I. Eds. Santos y García-Villegas, 2001c.
- _____. "À procura de alternativas econômicas em tempos de globalização: o caso das cooperativas de recicladores de lixo na Colômbia". Ed. Santos, 2003b.
- _____. "Globalization, Labor Law and Legal Pluralism: The Implementation of Codes of Conduct in the Global Factories of Mexico and Guatemala". *Beyond Law*, 26, 2003b.
- _____. "Nike's Law: the Anti-Sweatshop Movement, Transnational Corporations, and the Struggle over International Labor Rights in the Americas". Eds. Santos y Rodríguez-Garavito, 2005a.

- _____. “Global Governance and Labor Rights: Codes of Conduct and Anti-Sweatshop Struggles in Global Apparel Factories in Mexico and Guatemala”. *Politics and Society*, 33(2), 2005b.
- _____ y Arenas, L. C. “Indigenous Rights, Transnational Activism, and Legal Mobilization: The Struggle of the U’wa People in Colombia”. Eds. Santos y Rodríguez-Garavito, 2005.
- _____ y Uprimny, R. *¿Justicia para todos o legitimidad para el mercado?* Eds. García-Villegas, Rodríguez-Garavito y Uprimny, 2006.
- Rohl, K. F. *The Judge as a Mediator*. Madison, University of Wisconsin-Madison Law School, Working Paper, 9, 1983.
- Ross, A., ed. *No Sweat. Fashion, Free Trade and the Rights of Garment Workers*. New York, Verso, 1997.
- Rossi, N., ed. *Giudici e Democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale*. Milano, Franco Angeli.
- Salah, M., ed. “Rationalité juridique et rationalité économique dans le droit de la concurrence”. Tesis, Université de Nice, 1985.
- Santos, A. C., Gonçalves, M.^a E. y Marques, M.^a *Direito econômico*. Coimbra, Almedina, 1995.
- Santos, Boaventura de Sousa. “Law Against Law”, Yale University, Program in Law and Modernization, *Working Papers*, 4, 1971.
- _____. “The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada”. *Law and Society Review*, 12, 1977.
- _____. “Uma Cartografia Simbólica das Representações Sociais: O caso do Direito”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 24, 1988.
- _____. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*, Porto, Afrontamento, 1994.
- _____. *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London/New York, Routledge, 1995.
- _____. “Pluralismo Jurídico y Jurisdicción Especial Indígena”. *Del Olvido Surgimos Para Traer Nuevas Esperanzas — La Jurisdicción Especial Indígena*. VV. AA. Bogotá, Ministerio de Justicia y Derecho, Consejo Regional Indígena del Cauca/Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, 1997a.
- _____. “Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 48, 1997b.

- _____. “Oppositional Postmodernism and Globalizations”. *Law and Social Inquiry*, 23, 1998a.
- _____. *Reinventar a democracia*. Lisboa, Gradiva, 1998b.
- _____. *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Santafé de Bogotá, Uniandes/Siglo del Hombre, 1998d.
- _____, ed. *Democratizar a democracia: Os caminhos da democracia participativa*, Porto, Afrontamento, 2003a.
- _____, ed. *Produzir para viver: Os caminhos da produção não capitalista*, Porto, Afrontamento, 2003b.
- _____. “Orcamento distributivo em Porto Alegre: Para uma democracia redistributiva”. Ed. Santos, 2003a.
- _____. *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003b.
- _____, ed. *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Porto, Afrontamento, 2004a.
- _____, ed. *Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto, Afrontamento, 2004b.
- _____, ed. *Trabalhar o mundo: Os caminhos do novo internacionalismo operário*. Porto, Afrontamento, 2004c.
- _____. *Democracia y participación: el ejemplo del presupuesto participativo de Porto Alegre*. Mataró, Viejo Topo, 2004a.
- _____. *Democracia de alta intensidad: apuntes para democratizar la democracia*. La Paz, Corte Nacional Electoral, 2004b.
- _____. *Foro Social Mundial: Manual de uso*. Barcelona, Icaria, 2005a.
- _____. *Conocer desde el Sur: para una cultura política emancipatoria*. Lima, Facultad de Ciencias Sociales, 2005b.
- _____. *A gramática do tempo: Para uma nova cultura política*. Porto, Afrontamento, 2006c.
- _____, ed. *Another Knowledge is Possible, Beyond Northern Epistemologies*. London, Verso, 2007.
- _____. “Beyond Abyssal Thinking: From Global Lines to Ecologies of Knowledges”. *Review Fernand Braudel Center*, XXX(1), 2007a.
- _____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo, Cortez, 2007b.

- _____ y García-Villegas, M., eds. *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, 2 vols. Bogotá, Colciencias/Unianandes/CES/Universidad Nacional/Siglo del Hombre, 2ª ed. 2007.
- _____ y García-Villegas, M., eds. *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá, Norma, 2004.
- _____ y Rodríguez-Garavito, C., eds. *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge, CUP, 2005.
- _____. *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. Bogotá, *Anthropos*, 2007.
- _____ y Trindade, J. C., eds. *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, 2 vols. Porto, Afrontamento, 2003.
- _____. Trindade, J. C. y Meneses, M.^a P. G., eds. *Law and Justice in a Multicultural Society: The Case of Mozambique*. Dakar, CODESRIA, 2006.
- _____. *Guests and Aliens*. New York, New press, 1999.
- _____. *Global City*. Nova York, London, Tokyo, 2ª ed. Princeton, Princeton, UP, 2001.
- Sassen, S. *Cities in a World Economy*. Thousand Oaks, CA.: Pine Forge/Sage.
- _____ (1996), *¿Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*. New York: Columbia UP, 1996.
- Sayag, A. y Hilaire, J., eds. *Quel droit des affaires pour demain? Essai de Prospective Juridique*. Paris, Libraires Techniques, 1984.
- Sbragia, A. M., ed. *Euro-Politics: Institution and Policymaking in the "New" European Community*. Washington, DC, Brookings Institution, 1991.
- Scherer, F. M. *Competition Policies for an Integrated World Economy*. Washington, DC, The Brookings Institution, 1994.
- Schiller, F. *On the Aesthetic Education of Man*, ed. y trad. de E. Wilkinson y L. A. Willoughby. Oxford, Clarendon, 1967. [*Kallias: cartas sobre la educación estética del hombre*. Barcelona, *Anthropos*, 1990].
- Schmidhauser, J. E., ed. *Comparative Judicial Systems: Challenging Frontiers in Conceptual and Empirical Analysis*. London, Butterworths, 1987.

- _____. "Legal Imperialism: Its Enduring Impact on Colonial and Post-Colonial Judicial Systems". *International Political Science Review*, 13, 1992.
- Schwab, P. y Pollis, A., eds. *Toward a Human Rights Framework*. New York, Praeger, 1982.
- Sense, S. *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*. Milano, Feltrinelli, 1978.
- _____. *Globalization and its Discontents: Essays on the New Mobility of People and Money*. New York, New Press, Guests and Aliens, 1998.
- Shapiro, M. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago, University of Chicago Press, 1986.
- Sharabi, H. "Modernity and Islamic Revival: The Critical Tasks of Arab Intellectuals". *Contention*, 2(1), 1992.
- Shariati, A. "Reflection of a Concerned Muslim: On the Plight of Oppressed Peoples". Eds. Falk, Kirn y Mendlovitz, 1982.
- _____. *What Is to Be Done: The Enlightened Thinkers and an Islamic Renaissance*. Ed. F. Rajae. Houston, The Institute for Research and Islamic Studies, 1986.
- Shiva, V. *Monocultures of the Mind. Perspectives on Biodiversity and Biotechnology*. London, Zed Books, 1993.
- _____. "The Greening of Global Reach". *Global Ecology: A New Arena of Political Conflict*. Ed. Sachs, London, Zed Books, 1996,
- _____. *Biopiracy*. Boston, South End, 1997.
- Shivji, I., ed. *The Concept of Human Rights in Africa*. London, Codesria, 1989.
- Singer, P. "A recente ressurreição da economia solidária no Brasil". Ed. Santos, 2003b.
- Stotzky, I. P., ed. *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the judiciary*. Boulder, Westview, 1993.
- _____. y Nino, C. S. "The Difficulties of the Transition Process". Ed. Stotzky, 1993.
- Tate, C. N. "Courts and Crisis Regimes: A Theory Sketch with Asian Case Studies". *Political Research Quarterly*, 46, 1993.
- _____. y Haynie, S. "Authoritarianism and the Functions of Courts: A Time Series Analysis of the Philippine Supreme Court 1961-1987". *Law and Society Review*, 27(41), 1993.

- _____ y Vallinder, T., eds. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, NYUP, 1995.
- Thapar, R. "The Hindu and Buddhist Traditions". *International Social Science Journal*, 18(1), 1966.
- Thompson, K., ed. *The Moral Imperatives of Human Rights*. Washington, DC, UP of America, 1980.
- Tijeras, R. *La revolución de los jueces. De Falcone a Barbero: una cruzada contra la corrupción política, el crimen internacional y la razón de Estado*. Madrid, Temas de Hoy, 1994.
- Toharia, J. J. *Cambio social y vida jurídica en España*. Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1974
- _____. *El juez español: un análisis sociológico*. Madrid, Tecnos, 1975.
- _____. "Judicial Independence in an Authoritarian Regime". *The Political Economy of Law: a Third World Reader*. Eds. Ghai, Luckham y Snyder. Oxford, OUP, 1987.
- _____. "El juez español: Quince años después". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 3, 1989.
- _____. "La justicia: entre independencia y eficacia". *Revista de Occidente*, 227, 2000.
- Toulmin, S. *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*. New York, Free Press, 1990.
- _____. *Return to Reason*,. Cambridge, MA, Harvard UP., 2001.
- _____. "Como a Razão Perdeu o seu Equilíbrio". Ed. Santos, 2003c.
- Trubek, D. *Max Weber's Tragic Modernism and the Study of Law in Society*. Madison, Institute for Legal Studies, 1985.
- _____ et al. *Civil Litigation Research Project Final Report (parts A,B,C)*. Madison, University of Wisconsin-Madison Law School, 1983.
- _____ et al. "Global Restructuring and the Law: The Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas". *Global Studies Research Program Working Papers Series*, 1, 1993.
- _____ y Mosher, J. "New Governance, Employment Policy and the European Social Model". Eds. Zeitlin y Trubek. *Governing Work and Welfare in a New Economy*. New York/Oxford, OUP, 2003.
- _____, Mosher, J. y Rothstein, J. "Transnationalism in the Regulation of Labor Relations: International Regimes and Transnational Advocacy Networks". *Law and Social Inquiry*, 25, 2000.

- Twining, W. *Globalisation and Legal Theory*. London, Butterworths, 2000.
- Unger, R. M. *False Necessity. Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. New York, CUP, 1987.
- _____. *What Should Legal Analysis Become?* London, Verso, 1996.
- _____. *Democracy Realized*. London, Verso, 1998.
- Uprimny, R. "Las Transformaciones de la Administración de Justicia en Colombia". Eds. Santos y García-Villegas, vol. I, 2001.
- _____. "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía". Eds. García-Villegas, Rodríguez-Garavito y Uprimny, 2006a.
- _____. "Entre el protagonismo, la precariedad y las amenazas". *En la encrucijada*. Leal Francisco. Bogotá, Colombia Siglo XXI, Norma, 2006b.
- Uribe, M.^a T. "Emancipação social em um contexto de guerra prolongada: o caso da Comunidade de paz de San José de Apartadó, Colombia". Ed. Santos, 2003a.
- Van Parijs, P. *Arguing for Basic Income: Ethical Foundations for a Radical Reform*. London, Verso, 1992
- Vico, G. *Opere*, vol. II. *Principi di scienza nuova*. Milano, Riccardi, 1953.
- Visvanathan, S., *A Carnival of Science: Essays on Science, Technology and Development*. Oxford, OUP, 1997.
- _____. "Environmental Values, Policy, and Conflict in India". Presentado en el seminario "Understanding Values: A Comparative Study on Environmental Values in China, India and the United States". Internet: <http://www.carnegiecouncil.org/pdfs/visvanathan.pdf>. Acceso: 24 septiembre 2001.
- _____. "Entre a Cosmologia e o Sistema: a Heurística de uma Imaginação Dissidente". Ed. Santos, 2004b.
- Wallerstein, I. *The Modern World-System I: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-economy in the Sixteenth Century*. New York, Academic, 1974.
- _____. *The Capitalist World-Economy*. Cambridge, CUP, 1979.
- _____. *The Politics of the World-Economy: The States, the Movements and the Civilizations*. Cambridge, CUR, 1984.
- _____. *Unthinking Social Science*. Cambridge, Polity, 1991a.
- _____. *Geopolitics and Geoculture*. Cambridge, CUP, 1991b.

- _____. *The End of the World as we Know it: Social Science for the Twenty first Century*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.
- Walton, J. (1985). "The Third 'New' International Division of Labor". Ed. Walton, 1999.
- _____, ed. *Capital and Labor in the Urbanized World*, London, Sage, 1985.
- Wamba dia Wamba, E. "Some Remarks on Culture Development and Revolution in Africa". *Journal of Historical Sociology*, 4, 1991a.
- Warde, A. *Consumption, Food and Taste: Culinary Antinomies and Commodity Culture*. London, Thousand Oaks, 1997.
- Williams, J. M. "Leading from Behind: Democratic Consolidation and Chieftancy in South Africa". *Journal of Modern African Studies*, 42(1), 2004.
- Williams, S. M. "International Law Before and After the Moon Agreement". *International Relations*, 7, 1981.
- Wilson, W. J. *The Truly Disadvantaged. The Inner City, the Underclass and Public Policy*. Chicago, University of Chicago Press, 1987.
- Wiredu, K. "Are there Cultural Universals?" *Quest* 4(2), 1990.
- Wolkmer, A. C. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo, Alfa-Omega, 1994.
- World Bank. *The World Bank's Partnership with Non-Governmental Organizations*. Washington, 1996.
- _____. *World Development Report 1997*. New York, OUP, 1997.
- Xaba, T. "Prática médica marginalizada: A marginalização e transformação das medicinas indígenas na África do Sul". Ed. Santos, 2004b.

ISBN: 978-9942-07-013-5



9 789942 070135

